Die Rechtsmässigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt nach § 113 R. Str. G. B.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

bei der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Schlesischen Friedrich-Wilhelms Universität

zu Breslau,

vorgelegt von

Kurt Weissler

aus Gleiwitz.

Breslau 1928.

Druck von D. Rotenberg, Breslau 1, Telefon 23406

Gedruckt mit Genehmigung
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der
Universität Breslau.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Professor Dr. Gretener

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

Literatur-Verzeichnis.

I. Kommentare, Lehrbücher und Handbücher.

Allfeld (Meyer): Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 8. Aufl. Leipzig 1922.

von Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht. Berlin 1906|1909.

von Bar: Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts. Stuttgart 1892.

Berner: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 18. Aufl. Leipzig 1898.

Binding: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Leipzig 1905.

Binding: Handbuch des Deutschen Strafrechts. Bd. I. Leipzig 1885.

Binding: Die Normen und ihre Uebertretung. 2. Aufl. Leipzig 1890.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 17. Aufl. 1926.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. Berlin 1922.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht. Bonn 1887.

Helfritz: Allgemeines Staatsrecht. Berlin 1924.

Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 5. Aufl. Tübingen 1911|13.

von Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 23. Aufl. Berlin 1921.

Lukas: Anleitung zur strafrechtlichen Praxis. Teil 2. Berlin 1912.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht. I. Bd. Leipzig 1895.

Merkel: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.

Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 10. Aufl. Berlin 1916.

Oppenhoff: Das Strafgesetzbuch. 12. Aufl. Berlin 1891.

Oppenhoff-Delius: Das Strafgesetzbuch. 14. Aufl. Berlin 1901.

Rüdorff-Stenglein: Das Strafgesetzbuch. 4. Aufl. Berlin 1892.

Schütze: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 2. Aufl. Leipzig 1874.

Schwartz: Das Strafgesetzbuch. Berlin 1914,

Schwarze: Kommentar zum Strafgesetzbuch 5. Aufl. Leipzig 1884.
Wachenfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. München 1914.
Zachariae: Deutsches Staats- und Bundesrecht. Göttingen 1865.
Leipziger Kommentar. Das Reichsstrafgesetzbuch, erläutert von Ebermayer, Lobe und Rosenberg. 3. Aufl. 1925.

II. Monographien und Aufsätze.

Arnold: Erfahrungen aus dem bayrischen Strafgesetzbuch, im Archiv des Kriminalrechts. 1843. S. 396.
Bolze: Ueber den Begriff der Rechtsmäßigkeit der Amtsausübung, im § 113 Str. G. B. in Goltdammers Archiv für Strafrecht. Bd. 23 S. 389.
Borchardt: Die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die rechtmäßige Ausübung der Amtsgewalt im Sinne des § 113 Str. G. B. Dissertation Greifswald 1903.
van Calker: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen. München 1891.
Dock: Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten, im Archiv für öffentliches Recht Bd. 16, S. 245.
Dohna: Die Rechtswidrigkeit. Halle 1905.
Eberhard: Das Verhältnis des § 113 zum § 117 St. G. B. Diss. Tübingen 1897.
Flesch: Zur Lehre von der Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt. Diss. Tübingen. 1906.
Freund: Die Verantwortlichkeit der Beamten für die Gesetzmässigkeit ihrer Amtshandlungen nach dem Rechte des Dtsch. Reiches und der größeren Gliedstaaten desselben, im Arch. f. öfftl. Recht. Bd I. Freiburg 1886, S. 108.
Guggenheimer: Irrtum des Täters in Bezug auf die Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Vergehen des Widerstandes gegen die Staatsgewalt. Diss München, 1883.
Hiller: Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung im Begriff des Vergehens der Widersetzlichkeit (§ 113 R. St. G. B.) Habilitationsschrift. Würzburg. 1873.
Hiller: Zur Irrtumsfrage beim Widerstande gegen die Staatsgewalt (§ 113 St. G. B), im Gerichtssaal, Bd XXVII, S 11.
Goldschmidt: Der ungerechtfertigte Vollstreckungsbefehl. München 1910.
Goldschmidt: Rechtsgrund u. Rechtsnatur der staatlichen Entschädigungspflicht gegenüber unschuldig Verhafteten u. Bestraften, in der Festgabe für Gierke, Breslau, 1910. S. 109.
von Jagemann: Das Verbrechen der Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt, im Archiv des Kriminalrechts. 1842, S. 593 u. 1843 S. 49.

John: in Holtzendorffs Handbuch des Deutschen Strafrechts. Bd. 3. S. 115ff. Berlin, 1872.
v. Kallina: Notwehr gegenüber Amtshandlungen. Prag 1898.
v. Kirchenheim: Die Strafbarkeit des Widerstandes gegen den in dienstpflichtigem Gehorsam rechtswidrige Anordnungen seiner vorgesetzten Behörde vollstreckenden Unterbeamten. Im Gerichtssaal. Bd. XXX. 1878 S. 172.
Kleinfeller: Amtsrechte. In vergleichender Darstellun d. dtsch, u. ausländischen Strafrechts. Allgem. Teil. Bd. I. S. 269.
M. E. Mayer: Verbrechen u. Vergehen gegen den Staat u. die Staatsgewalt. in Vergl. Darstellg. Bes. Teil. Bd. I. S. 349.
Mersmann: Der Begriff der Rechtmässigkeit der Amtsausübung. Breslau, 1909.
Meves: in Holtzendorffs Handb. d. dtsch. Strafr. Bd. 4, S. 309.
Neumann: Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt. in Goltdammers Arch. Bd. 22, S. 216.
Pfeiffer: Beiträge zur Interpretation des § 113. St. G. B. Diss. Marburg, 1895.
Schultz: Der Widerstand gegen die auswärtige Staatsgewalt. Diss. Berlin, 1881.
Schwarze: Kritik des Entwurfs eines St. G. B. für die pr. Staaten. Beilageheft zum Arch. d. Kriminalr. 1843. S. 100.
v. Streit: Die Widersetzung gegen die Staatsgewalt, Brln 1892
Zachariae: Über die Strafbarkeit der Widersetzlichkeit gegen öffentl. Beamte. Arch. d. Kriminalr. 1843 S. 344.

III. Zeitschriften, Sammlungen, Materialien.

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung, 1925.
Archiv des Kriminalrechts.
Archiv für öffentliches Recht, herausgegeben von Laband und Stoerk, Freiburg.
Archiv für gemeines deutsches und für preußisches Strafrecht begründet durch Goltdammer.
Der Gerichtssaal, Zeitschrift für volkstümliches Recht und wissenschaftliche Praxis.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RG).
Rechtsprechung d. Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen (Rspr.).

Einleitung.

Bevor wir uns mit den Problemen unserer Arbeit befassen, warum der Gesetzgeber den staatlichen Organen auf dem Gebiete der Vollstreckung des staatlichen Willens den besonderen Schutz verliehen hat, wird es notwendig sein, sich näher mit dem Begriff der Staatsgewalt als solcher zu befassen. Die Staatsgewalt ist eine Eigenschaft des Staatsbegriffs überhaupt, und zwar eine notwendige. Im allgemeinen werden als die wesentlichen Merkmale des Staatsbegriffs das Staatsgebiet, das Staatsvolk und die Staatsgewalt festgestellt. Nun tritt die Staatsgewalt den Untertanen nicht als blosse Idee gegenüber, sondern sie tritt den Untertanen gegenüber in die Erscheinung durch die Machtmittel der Polizei und der militärischen Kräfte; die Staatsgewalt realisiert sich also durch ganz bestimmte Organe. Jeder Staat muß also, sofern er nur ein geordnetes Staatsleben führen will, ungeheuren Wert darauf legen, diese Organe mit einem besonderen Schutz zu versehen. Er muß sie zunächst einmal finanziell sicherstellen, aber er muß sie auch schützen gegen Übergriffe asozialer Untertanen. Dies ist der erste Gesichtspunkt, der vor allem den Strafgesetzgeber veranlaßt hat, in den Paragraphen 110 ff. Str. G. B. besondere Straftatbestände zu schaffen, die alle darauf abzielen, den Beamten, und damit den Staat zu sichern.

Der Kreis der geschützten Personen.

Sedes materiae unserer Arbeit wird der § 113 Str. G. B. sein. Hierbei wird zunächst die Frage aufzuwerfen sein, ob unter Beamter im Sinne des § 113 allein der deutsche Beamte oder auch der ausländische zu verstehen ist. Die Meinungen darüber sind geteilt, ob unter dem Schutz des § 113 auch die ausländische Staatsgewalt steht, also neben der inländischen geschützt werden muß. Für Ausdehnung des Schutzes auch auf den Widerstand gegen die auswärtige Staatsgewalt treten ein Pfeiffer[1], Meyer-Allfeld[2], Schütze[3], Schwarze[4], Berner[5], das Reichsgericht[6], sowie in beschränktem Maße auch Oppenhoff[7]. Ihre Stellungnahme wird begründet mit den in unserem Strafgesetzbuch allgemein anerkannten Grundsätzen. Der § 4, 3 des Str. G. B. wird für diese Anschauung besonders ins Feld geführt, der seinem Wortlaut nach besagt: „Wegen der im Auslande begangenen Verbrechen und Vergehen findet in der Regel keine Verfolgung statt. Jedoch kann nach den Strafgesetzen des Deutschen Reiches verfolgt werden 3. ein Deutscher, wel-

[1] Pfeifer, S. 18. [2] Meyer-Allfeld, S. 535. [3] Schütze, S. 260. [4] Schwarze, S. 51. [5] Berner, S. 385. [6] RG. 8,53; 15,221,. [7] Abschnitt 6 findet nur auf solche Mißtaten Anwendung, welche gegen die am Orte der Tat bestehende Staatsgewalt gerichtet seien (Abschnitt 6 Nr. 1 u. 2.). Ebenso Oppenhoff-Delius, Vorbem. 1.

cher im Auslande eine Handlung begangen hat, die nach den Gesetzen des Deutſchen Reichs als Verbrechen oder Vergehen anzusehen und durch die Gesetze des Orts, an welchem sie begangen wurde, mit Strafe bedroht ist".

Da der § 4 im Abſchnitt 6 des Str. G. B. nicht besonders außer Kraft gesetzt ist, so müsse er auch hier seine Anwendung finden. M. a. W.: die ausländiſche Staatsgewalt müsse geſchützt werden. Diese Ansicht kann aber als keineswegs richtig angesehen werden. Es muß ihr zunächst entgegengehalten werden, daß durchaus nicht die fremde Staatsgewalt der eigenen gleichgestellt ist. Bei Verletzung der ausländiſchen Staatsgewalt muß zunächst der Fall ins Auge gefaßt werden, daß die ausländiſche Staatsgewalt im Auslande verletzt wird, und dann der Fall, daß die ausländiſche Staatsgewalt im Inlande verletzt wird. Was den ersten Fall anbetrifft, so wird die Frage wohl mit der Literatur überwiegend[1] zu verneinen sein. Denn bei einer eventuellen Bestrafung würde das ausländiſche Strafgesetz in Frage kommen und damit die Unzuträglichkeit eintreten, daß der deutſche Strafrichter gezwungen wäre, alle ausländiſchen Rechte zu beherrſchen, was ein Ding der Unmöglichkeit wäre. Andererseits muß berücksichtigt werden, daß der deutſche Staat der Strafvollstrecker fremden Rechts sein würde. Als weiterer Gesichtspunkt kommt der Umstand besonders in Frage, daß der deutſche Staat gar kein Interesse daran haben würde, die fremde Staatsgewalt zu ſchützen; ja es wäre unter Umständen politiſch unklug, dies zu tun. Die fremde Staatsgewalt hat doch die Möglichkeit, von sich aus gegen den Delinquenten vorzugehen. Benutzt sie diese Möglichkeit nicht, so hat sie ihren Strafanspruch verwirkt. Anders und bestrittener in der Literatur ist der zweite Fall, der an sich eine Ausnahme von der Regel bildet, daß nur der inländiſche Beamte geſchützt sein soll, wenn ein ausländiſcher Beamter mit Genehmigung der inländiſchen Regierung im Inlande seine Tätigkeit ausübt. Denken wir z. B. an den durchaus denkbaren und praktiſchen Fall, daß auf deutſchem Gebiete eine ausländiſche Zollstation eingerichtet ist; infolge des ſchmachvollen Friedensvertrages ist der Fall tatsächlich praktiſch geworden, so befindet sich z. B. in Hindenburg O|S eine polniſche Zollstation; oder den Fall, daß ausländiſche Polizeibeamte mit Genehmigung der inländiſchen Behörde bei der Festnahme eines von ihnen gesuchten Verbrechers tätig werden. In diesen Fällen nimmt die Mehrheit der Literatur[2] an, daß bei Gestattung des Tätigwerdens ausländiſcher Beamter innerhalb des deutſchen Staatsgebiets ihnen der Schutz des § 113 Str. G. B. zugute kommt. Selbst wenn man zugeben muß, so vor allem im Fall der polniſchen Zollstation, daß der ausländiſche Beamte die Geſchäfte seines ausländiſchen Staats-

[1] Ebermayer, § 110, Note 1a; Frank, Vorbem. 1 zum 6. Abſchn.; John in H. H., S. 92; Schultz S. 61; von Streit, S. 69; M. E. Mayer, Vergl. Darst., S. 439; von Bar, Lehrb., S. 272; von Liszt-Schm., § 171,1; Schwartz, Vorbem. 1 zu § 113; Gerland, S. 253; Rüd-Stenglein, Vorbem. 1 zu § 113; Olshausen, Vorbem. 1 zu § 113; Merkel, S. 388; Eberhard, S. 32. [2] Pfeiffer, S. 20; Hälschner, Bd. II, S. 795.; Schultz, S. 64 Oppenhoff, S. 283. Besonders Binding, Bd. II, S. 373 ff. (Lehrbuch). von Streit, S. 74. Eberhard, S. 31. Dagegen Olshauser, B. II 2 zu § 113.

wesens wahrnimmt und nur im Interesse seines ausländischen Staates tätig wird, kommt man m. E. doch zu dem Ergebnis, daß, sofern die inländische Staatsgewalt, ausländischen Beamten die Vornahme von Amtshandlungen gestattet, hierbei wiederum die inländische Staatsgewalt geschützt wird,[1]. Es verletzt derjenige, welcher den ausländischen Beamten Widerstand leistet, damit auch die inländische Staatsgewalt; denn die Gestattung der inländischen Behörden zur Vornahme von irgendwelchen Vollstreckungshandlungen ausländischer Beamter ist ein Staatshoheitsakt, gegen den man sich nicht ungestraft vergehen darf. Die gleiche Ansicht findet man in der Literatur[2] vertreten. Der ausländische Beamte übt die ihm übertragene inländische Staatsgewalt in diesem Augenblicke aus, da er auf Grund eines Staatsvertrages mit rechtsgültiger Bewilligung der inländischen Regierung im inländischen Staatsgebiet amtliche Funktionen ausübt. Damit ergibt sich die Anwendbarkeit des inländischen Strafgesetzes von selbst. Es bleibt nur noch die Frage zu erörtern, ob der Täter, der einem ausländischen Beamten Widerstand leistet, wegen des darin enthaltenen gemeinen Verbrechens von einem deutschen Gerichte zur Verantwortung gezogen werden kann. Es verstöße gegen die Prinzipien des Strafgesetzbuches, in einem solchen Falle völlige Straflosigkeit eintreten zu lassen. Nach allgemeiner Anschauung[3] ist Idealkonkurrenz zwischen § 113 Str. G. B. und §§ 223, bezw. 223 a, durchaus möglich. Zur Erläuterung möge folgender Fall dienen: Ein von der deutschen Behörde verfolgter deutscher Staatsangehöriger flüchtet ins Ausland, leistet dort bei der Festnahme seitens des auslandischen Beamten, der auf unser Ersuchen tätig wurde, heftigen Widerstand und verletzt den in völlig rechtmässiger Ausübung seines Amtes handelnden ausländischen Beamten erheblich durch Revolverschuß oder mißhandelt ihn sonstwie körperlich. Es wäre höchst unbillig, diesen Deutschen dann im Inlande zumindest nicht nach §§ 223, 223 a Str. G. B. zu strafen. Andererseits würde es jedoch zu einem unbilligen Ergebnis führen, wollte man jeden Deutschen, der sich den Beamten irgend eines Staates widersetzt, bestrafen. Hiergegen gewährt der Umstand genügend Schutz, daß in Ermangelung einer positiven Gesetzesbestimmung der § 4 Abs. 3 Str. G. B. herangezogen werden muß, nach welchem der Deutsche jedoch für das im Auslande verübte Delikt zwar gestraft werden kann, aber nicht muß. Es herrscht eben hier im Gegensatz zum Legalitätsprinzip das Opportunitätsprinzip. Nachdem wir festgestellt hatten, daß auch in gewissen Fällen die ausländische Staatsgewalt dem Schutz des § 113 Str. G. B. untersteht, wird jetzt darauf eingegangen werden müssen, welche anderen Personen außer den Vollstreckungsbeamten durch § 113 geschützt sind. Dieser Paragraph hat nicht nur den Schutz der Beamten im Sinne des § 359 Str. G. B. vor Augen, sondern erweitert ihn

[1] Abzulehnen Streits Ansicht, S. 74: „Der ausländische Beamte besorge die Angelegenheit unseres Gemeinwesens, er handle also als ein von unserem Staate Angestellter und werde in unserem Interesse tätig". [2] Siehe die Mehrzahl der S. 4 und 5 zitierten Autoren. [3] Siehe Frank, § 113, X und die dort zitierten Entscheidungen.

nach positiver Gesetzesbestimmung auch auf die Personen, welche zur Unterstützung des Beamten zugezogen waren[1], (im Gegensatz zu den Personen, die freiwillig ihn unterstützen), ferner auf Mannschaften der bewaffneten Macht[2] oder Mannschaften einer Gemeinde-, Schutz- oder Bürgerwehr in Ausübung des Dienstes[3], wobei nach Anschauung eines Teils der Literatur auch diese Personen sich in rechtmäßiger Ausübung des Dienstes[4] befinden müssen.

Der Umfang der geschützten Handlungen.

§ 113 Str. G. B. kommt jedoch nur dann zur Anwendung, wenn es sich um eine Vollstreckungshandlung[5] des Beamten handelt, jede andere amtliche oder dienstliche Tätigkeit[6] genießt den Schutz des § 113 nicht. Der § 113 gibt uns an sich keine nähere Definition über den Begriff der Vollstreckung des Beamten. Das Gesetz sagt nur, der Beamte muß zur Vollstreckung berufen sein. In der Rechtsprechung des Reichsgerichts[7] ist unter Vollstreckung zu verstehen die Vornahme eines Staatshoheitsaktes, und zwar die seitens eines Beamten kraft seines Amtes erfolgende, nötigenfalls mit Zwang durchzusetzende einseitige Verwirklichung des nach Umfang und Inhalt durch Gesetz oder in den durch § 113 bezeichneten sonstigen Formen genau bestimmten und begrenzten Staatswillens gegenüber Personen oder Sachen. Frank[8] und M.E. Mayer[9] sind der Ansicht, daß die Vollstreckung von Gesetzen einen konkretisierten Willen fordert. Das Gesetz eines Staates ist gewöhnlich zunächst einmal nur eine abstrakte Willenserklärung und als solche überhaupt nicht unmittelbar zu vollstrecken. Die Abstraktheit der Willenserklärung muß infolgedessen erst durch ein staatliches Organ auf einen Einzelfall angewandt werden. Mit anderen Worten: sie muß konkretisiert werden. Im allgemeinen wird diese Spezialisierung auf den Einzelfall, die z. B. in der Anordnung einer Polizeibehörde oder in dem Urteil eines Gerichts zu Tage tritt, nicht von den Vollstreckungsbeamten selbst vorgenommen. Im Gegenteil, die Konkretisierung der abstrakten Willenserklärung wird in den meisten Fällen einer ganz anderen Beamtenkategorie übertragen sein. Eine abstrakte Willenserklärung des Staates (Norm, Gesetz), so meint Mayer[10], sei überhaupt nicht vollstreckbar, sie bedürfe stets der Konkretisierung, d. h. ihre Anwendbarkeit müsse auf den Einzelfall festgestellt sein. Zwar gehört es nicht zur Aufgabe der Vollstreckungsbeamten, diese Konkretisierung z. B. im Urteil des Gerichts oder in der Anordnung der Verwaltungsbehörde, selbst vorzunehmen. Es kann aber doch vorkommen, daß Konkretisierung und Verwirklichung des Willens zusammenfallen und von einer Person zur Durchführung gebracht werden. Frank[11]

[1] Sehr weitgehend Olshausen, § 113, 9, der auch die vom Beamten zugezogenen Personen für befugt erachtet, weitere Personen zuzuziehen. [2] Personen des Soldatenstandes nach § 112, Abs. 2 Str. G. B. [3] RG. 13, 105. Auch Frank, 113, V. [4] Bestritten von Pfeiffer, S. 32. [5] von Streit, S. 112 ff., Binding, Lehrb. Bd. II, S. 782. Pfeiffer, S. 32. [6] Eine interessante Ausführung über die Abgrenzung zwischen Vollstreckungshandlung und einem in privatrechtlichen Angelegenheiten tätigen Beamten bietet Entscheidung des RG. 41, 82, ebenso 26, 291, ferner RG. 3, 334. 4, 143. 20, 35 und 22, 227. [7] RG. 41, 88. [8] Frank, § 113 I. [9] M. E. Mayer, S. 435|36, [10] M. E. Mayer, S. 435 ff. [11] Frank, § 113, I.

bringt hier folgendes Beispiel: Ein Polizeibeamter nimmt jemand gemäß § 127 Str. P. O. vorläufig fest, oder ein Richter entfernt in Ausübung der Sitzungspolizei einen Zuhörer selbst[1]. Es muß immer der Unterschied zwischen Vollstreckung und Anordnung gemacht werden. Die Anordnung der Vollstreckungshandlung gehört keineswegs in den Bereich der Beamten, die zur Vollstreckung berufen sind bezw. umgekehrt. In den seltensten Fällen gestattet das Gesetz den die Anordnung erteilenden Beamten die Vollstreckung seines Willens, meist dann, wenn ein schnelles Handeln im Interesse der staatlichen Ordnung sich als nötig erweist. Eine generelle Ermächtigung zum Eingreifen ohne besondere gesetzliche Befugnis steht jedoch dem Befehlenden nicht zu, sie kann auch nicht aus der Natur der Sache abgeleitet werden, etwa weil der Befehlende nicht nur an der ganzen Zwangshandlung regen Anteil nimmt, dem Täter als der Hauptbeteiligte erscheint und eine ebenso exponierte Stellung wie der Unterbeamte inne hat, sondern weil auch in manchen Fällen eine Abgrenzung unmöglich ist, und weil derjenige, dem die Handhabung des Zwangsapparates zusteht, das Recht hat, persönlich einzugreifen[2]. Ja selbst wenn Fluchtgefahr seitens des Angeklagten besteht, darf der die Vollstreckung anordnende Richter nicht selbst bei der Verhaftung mitwirken, sondern nur dann, wenn er sein Recht zur Teilnahme an der Vollstreckungshandlung von irgend einer Gesetzesstelle ableitet. Diese Anschauung hat auch das Reichsgericht[3] in einem zu behandelnden Falle vertreten: Eines Tages trifft Amtsrichter H, welcher eine Verfügung zur Vollstreckung der Freiheitsstrafe erlassen hatte, den seit einiger Zeit flüchtigen Angeklagten auf der Straße. Nach kurzer Aufforderung, ihm nach dem Gerichte zu folgen, versucht der Amtsrichter, ihn mitzuschleppen. Der Angeklagte widersetzte sich und wurde in der Vorinstanz wegen dieses Widerstandes aus § 113 Str. G. B. verurteilt auf Grund der Feststellung, daß er dem Amtsrichter H, einem zur Vollstreckung von Urteilen der Gerichte berufenen Beamten in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes durch Gewalt Widerstand geleistet hatte. Das Reichsgericht[4] erachtet die Auffassung der Strafkammer, daß der Angeklagte einer rechtmäßigen Amtsausübung Widerstand entgegengesetzt habe, mit Recht für verfehlt, weil der Amtsrichter mit der Vornahme eigentlicher Strafvollstreckung nichts zu tun hat. Es ist ihm nur nach § 457 Abs. 3 Str. P. O das Recht, behufs Vollstreckung der Freiheitsstrafen einen Haftbefehl zu erlassen, übertragen, die Ausführung dieses Befehls aber mit Rücksicht auf die Würde des Amtes versagt, vielmehr durch die Landesgesetzgebung anderen Kategorien von Beamten zugewiesen. Zu den begrifflichen Voraussetzungen der Vollstreckungshandlung gehört ferner die

[1] Sehr bestritten, siehe RG. 41, 82. [2] Siehe von Streit, S. 62. [3] RG. 31 77. [4] In Widerspruch damit die Entscheidung 15, 227, in welcher das Reichsgericht einem Gerichtsassessor den Schutz des § 113 gewährte, als er in Ausübung der Sitzungspolizei den Angeklagten verhaften wollte. Das RG. erklärt das Vorgehen des Assessors für rechtmäßig und versieht diese Entscheidung mit sehr verklausulierten Gründen, spricht von einem Ausnahmefall, bei dem dem Richter eingentliche Exekutivorgane fehlten und der Haftbefehl vereitelt werden konnte.

Anwendbarkeit von Zwang; denn ohne das Recht zur zwangsweisen Durchsetzung des Staatswillens kann eine Vollstreckungshandlung überhaupt nicht gedacht werden. Daher muß auch der Beamte mit besonderen Zwangsmitteln im Gesetz ausgestattet sein[1]. Es ist aber gleichgültig, ob im Einzelfalle von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht worden ist. Auch ist es unerheblich, ob die Anwendung von Zwangsmitteln durch besondere konkrete Umstände unmöglich gemacht wurde.

Was nun den zur Vollstreckungshandlung berufenen Beamten anbetrifft, so ist zu bemerken, daß dieser nicht notwendig seinem Berufe nach Vollstreckungsbeamter zu sein braucht, sondern jeder, der gelegentlich seiner Amtsführung eine Vollstrekkungshandlung vorzunehmen hat, also nicht nur der, dessen ausschließlicher Beruf in Vollstreckungshandlungen besteht, sondern auch derjenige, der im Einzelfalle zu einer fest bestimmten Vollstreckungshandlung durch das Recht, eine Vollstreckung vorzunehmen, ermächtigt ist[2]. Das Wort des Gesetzes „zur Vollstreckung berufen" bedeutet, daß es sich bei Übertragung der Vollstreckungshandlung um einen Auftrag der zuständigen Behörde an irgend einen Beamten handelt, der sonst auch irgend welche andere Funktionen ausüben kann, und in dessen Geschäftsbereich sonst Vollstreckungshandlungen nicht zu fallen brauchen. Schließlich bedarf es keiner besonderen Erwähnung, auf welchem Rechtstitel die Vollstreckungshandlung fußt. Sie kann ausgehen, sowohl von der Justiz als auch von der Verwaltung, wie es der Wortlaut des § 113, Abs. 1 Str. G B. sagt, wer zur Vollstreckung von Gesetzen, Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden oder von Urteilen und Verfügungen der Gerichte berufen ist. Der Unterschied zwischen den Beamten, die zur Vollstreckung von Gesetzen und solchen, die zur Vollstreckung von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden bezw. die zur Vollstreckung von Urteilen und Verfügungen der Gerichte berufen sind, liegt darin, daß die ersten selbständig den Gesetzeswillen verwirklichen können, während die anderen nur im Auftrage anderer Staatsorgane, z. B. Verwaltungs- oder Gerichtsbehörden tätig werden. Diese Vorschrift umfaßt also die gesamte Staatstätigkeit, Gesetzgebung, Verwaltung und Justiz.

Die Rechtmäßigkeit der Amtshandlung.

a) Sachliche Zuständigkeit der Beamten.

Als weiteres Erfordernis verlangt das Gesetz die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung. Der Begriff der Rechtmäßigkeit wird nun im nächsten Kapitel einer eingehenden Würdigung unterzogen werden. Zunächst muß die Zuständigkeit des Beamten für die Amtshandlung gegeben sein. Es muß also eine Beziehung zwischen der Amtshandlung und den Beamten vorliegen. Die Handlung muß nur von diesem Beamten kraft seiner Amtsbefugnisse an diesem Orte vorgenommen werden. Der

[1] RG. 41, 89. [2] Olshausen, § 113, 4. Berner, S. 359. Schwarze § 113, 4. Allfeld S. 535.

Beamte soll also in sachlicher wie örtlicher Beziehung zuständig sein. Er muß zur Vollstreckung gerade dieser Gesetze, dieser Befehle und Anordnungen der Verwaltungsbehörden oder von Urteilen und Verfügungen der Gerichte berufen sein. Frank [1] sieht darin eine abstrakte Zuständigkeit, wobei er davon ausgeht, daß die Handlung zu den Geschäften des Amtes des betreffenden Beamten gehören müsse. Der Beamte soll bei Vollstrekkungsmaßregeln die „Geschäftszuständigkeit" wahren.[2] Von ähnlichen Erwägungen ist das Reichsgericht in seiner Entscheidung geleitet[3]. In dieser verbietet es einem Gendarmen in Preußen wegen sachlicher Unzuständigkeit bei der Amtsausübung die Anordnung einer Beschlagnahme nach § 4 Str. P. O.; ferner steht aus eben diesem Grunde der Polizei die Durchführung privatrechtlicher Ansprüche nicht zu. Denn nach Reichsgericht[4] kann die Polizei nur innerhalb ihrer sachlichen Zuständigkeit ihren Organen Befehle erteilen und die zu deren Vollstreckung berufenen Beamten befinden sich nur dann in der rechtmäßigen Ausübung ihres Amtes, „wenn sie einen von ihrer vorgesetzten Behörde innerhalb deren allgemeiner Zuständigkeit erteilten Befehl ordnungsmäßig zur Ausführung bringen [5] ". Wenn also z. B. in dem vom Reichsgericht behandelten Fall die Vorgesetzten der Polizeibeamten auf einen Beschluß des Vormundschafsgerichts hin die Wegnahme eines Kindes anordnen, so fehlte es an der sachlichen Zuständigkeit auf Seiten der Vollstreckungsbehörde und damit auch an der im § 113 Str. G. B. vorausgesetzten Rechtmäßigkeit der Amtsausübung. Wenn fernerhin ein Beamter, Vollstreckungsbeamter von Urteilen eines Verwaltungsgerichts ist, so ist er keineswegs zur Vollstreckung von Urteilen eines ordentlichen Gerichts berufen; denn hierfür ist er gar nicht mehr sachlich zuständig. Würde er ein Urteil eines Zivilgerichts vollstrecken, so würde er dabei sich nicht mehr in rechtmäßiger Ausübung befinden. So stellt das Reichsgericht in der schon oben zitierten Entscheidung (Bd. 31, S. 79) den Grundsatz auf, ein Beamter, der eine Handlung vornimmt, zu der er zwar vermöge seines Amtes an und für sich befugt sein mag, „die ihm jedoch in dem konkreten Falle von dem zuständigen Vorgesetzten verboten ist, übt sein Amt nicht rechtmäßig aus, und seine Amtsausübung fällt nicht unter § 113 Str. G. B." Jedoch erscheint es für die Prüfung der sachlichen Zuständigkeit belanglos, ob und auf welche Weise die Anstellung des Beamten erfolgt ist. Ist er durch Anstellung Beamter geworden (§ 359 Str. G. B.), so ist er auch zuständig zu allen innerhalb der Grenzen des ihm verliehenen Amtes vorgenommenen Handlungen.[6]

b) Örtliche Zuständigkeit der Beamten.

Neben der sachlichen muß auch die örtliche und zeitliche Zuständigkeit vorhanden sein. Letztere kann nur in Frage kommen bei Beamten, die nur für bestimmte Zeit zur Amtsausübung berufen sind (z. B. Nachtwächter). Was die örtliche Zu-

[1] Frank, § 113, III. [2] Siehe auch Ebermayer, § 113 10. [3] RG. 11, 176. [4] RG. 29, 200. [5] RG. 29, 200. [6] Siehe auch Olshausen, § 113, 13 a. Hälschner, S. 808.

ständigkeit anbetrifft, so ist hervorzuheben, daß in der Regel der Beamte nur innerhalb seines Amtsbezirks örtlich zuständig ist. Er kann aber auch ausmahmsweise außerhalb dieses Bezirks Amtshandlungen vornehmen. Ist ihm aber durch Gesetz die Ueberſchreitung der örtlichen Zuständigkeit gestattet, dann befindet er sich immer noch in rechtmäßiger Amtsausübung; so bestimmt § 167 G. V. G.: „Die Sicherheitsbeamten eines deutſchen Landes sind ermächtigt, die Verfolgung eines Flüchtigen auf das Gebiet eines andern deutſchen Landes fortzusetzen und den Flüchtigen daselbst zu ergreifen." Auch das Reichsgericht[1] läßt sich von gleichen Erwägungen leiten, wenn es davon ausgeht, daß ein Förster als Forstpolizeibeamter auch außerhalb seines Schutzreviers amtliche Handlungen „zur Verfolgung der in seinem Schutzbezirke begangenen Zuwiderhandlungen vornehmen darf." Der betreffende Förster hat in dem dieser Entſcheidung zu Grunde liegenden Fall in einem außerhalb seines Forstreviers belegenen Dorfe eine Durchsuchung vorgenommen. Dabei ist die Frage aufgeworfen worden, ob er sich dann noch in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes befunden hatte, zumal die bei Verzögerung der Durchsuchung obwaltende Gefahr keine dringliche war. Denn außerhalb seines Schutzbezirks darf er als Förster Beſchlagnahmen und Durchsuchungen nur dann selbständig vornehmen, wenn er in unmittelbarer Verfolgung des Täters begriffen war. Obgleich das Reichsgericht der Ansicht nicht beitreten konnte, daß der Förster in diesem Falle zur Vornahme der Durchsuchung außerhalb seines Schutzbezirks berechtigt war, wenn er nicht mehr in unmittelbarer Verfolgung des Täters begriffen war, hat es ihm trotzdem den Schutz des § 113 gewährt, da er als Hilfsbeamter der Staatsanwaltſchaft im ganzen Landgerichtsbezirk örtlich und sachlich zuständig zu Anordnungen von Beſchlagnahmen und Durchsuchungen war. Damit befand er sich auch außerhalb seines Schutzbezirks in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes. Die örtliche Zuständigkeit ist in diesem Falle deshalb gegeben, weil die Staatsanwaltſchaft für diesen Bezirk örtlich zuständig war und sich seine örtliche Zuständigkeit als die eines Hilfsbeamten der Staatsanwaltſchaft nach der örtlichen Zuständigkeit der ihm vorgesetzten Staatsanwaltſchaft bestimmt[2].

c) Formerfordernisse für eine rechtmäßige Amtshandlung.

Ferner muß die Vollstreckung, um rechtmäßig zu sein, alle Formalitäten aufweisen, die für die Amtshandlung als wesentliche Merkmale vorgeſchrieben sind. Die Entſcheidung darüber, wann es sich um wesentliche Formvorſchriften oder lediglich um instruktionelle (reglementäre) handelt, dürfte allerdings nicht immer leicht zu treffen sein. Wesentliche Formvorſchriften sind solche, von deren Beobachtung das Recht die Gültigkeit der Amtshandlung abhängig macht. Ohne jede Bedeutung für die Amtshandlung ist die Befolgung rein instruktioneller Vorſchriften (z. B.

[1] RG. 37, 34, ebenso 38, 218 und 2, 308. [2] RG. 38, 219.

Dienstkleidung). Eine Nichtbeachtung würde die Gültigkeit nicht berühren[1]. Zu den wesentlichen Formvorſchriften sind vor allem zu rechnen nach § 759 Z. P. O. die Zuziehung von Zeugen bei einer Vollstreckungshandlung, falls der Schuldner nicht in seiner Wohnung anzutreffen ist[2]. Diesen Standpunkt nehmen auch heute die hervorragendsten Vertreter der Literatur[3] ein. Nun kann es oft vorkommen, daß ein und dieselbe Bestimmung in einem Falle zu den wesentlichen, im anderen zu den instruktionellen Formvorſchriften zu rechnen sein wird. Maßgebend dürfte immer der wahre Wille des Gesetzes sein, und die Beurteilung hierüber muß dem Einzelfalle überlassen bleiben. Es dürfte im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen, auf die Interpretation dieser Bestimmung näher einzugehen. Es sei an diesem Punkte auf die ausführliche Arbeit Mersmanns[4] hingewiesen, der sich eingehend damit beſchäftigte. Wichtig wäre es jedoch, hinzuweisen auf den Standpunkt des Reichsgerichts[5]. In einer Entſcheidung sagt es hierüber folgendes aus: „Es kann die Entſcheidung, ob eine für die Ausführung einer Zwangsvollstreckung gegebene Vorſchrift für deren Rechtsbeständigkeit wesentlich sei, nicht aus dem Inhalt dieser Vorſchrift entnommen werden. Dieselbe Form kann in einem Falle für die Rechtmäßigkeit der Vollstreckung Voraussetzung sein, im anderen nur instruktioneller Natur". Demnach sollen nur wesentliche Formvorſchriften beobachtet werden, und nur diese sind für die Rechtmäßigkeit der Vollstreckungshandlung entſcheidend. Damit steht das Reichsgericht im Prinzip auf dem Standpunkt, daß bei Verletzung einer Formvorſchrift nur reglementärer Natur die Rechtsgültigkeit des Aktes nicht berührt wird. Wie ſchwierig es jedoch ist, zu beurteilen, wann es sich um eine wesentliche oder unwesentliche Vorſchrift handelt, erhellt daraus, daß das Reichsgericht selbst über die grundsätzliche Stellung zu dieser Frage nicht klar gewesen ist. Denn in einem Falle[6] erklärt es die Vorſchrift, bei der Exekution einen andern Gerichtsdiener oder den Gemeindevorsteher oder zwei andere unbeſcholtene Männer zuzuziehen, für eine reglementäre, nicht für eine wesentliche Anordnung, welche die Vollstreckung im Falle der Nichtbeachtung zu einem Akte unrechtmäßiger Amtsausübung stempeln könnte, im andern Falle[7] hält es die in § 759 Z. P. O. dem Gerichtsvollzieher auferlegte Verpflichtung, zwei großjährige Männer oder einen Gemeinde- bezw. Polizeibeamten als Zeugen zuzuziehen, wenn bei einer Vollstreckungshandlung Widerstand geleistet wird, für eine so wesentliche Formvorſchrift, daß man ihr sogar die Bedeutung einer Rechtsnorm für die Rechtsgültigkeit des Aktes beimißt und den Beteiligten das Recht zum Widerstande gibt. Entſcheidend ist auch die Terminologie des Gesetzes. Da der Gesetzgeber in § 759 Z. P. O. sagt, „Der Gerichtsvollzieher hat zuzuziehen", und nicht „soll", so ist die Vorſchrift eine zwingende, deren Nichtbeobachtung der Amtsausübung den Charakter der Rechtmäßigkeit

[1] Siehe Frank, § 113, III, 3. [2] RG. 24, 389. 55, 216. [3] Binding, Handb. I, S. 741. Hälſchner, II, S. 809. Olshausen, Anm. 13b zu § 113. M. E. Mayer, S. 449. Streit, S. 104. Binding, Lehrb. II, S. 774. Ebermayer, § 113, 10b. [4] Mersmann, S. 72ff. [5] RG. 17. 124ff. [6] RG. 1, 165ff. [7] RG. 7, 372.

im Sinne des § 113 Str. G. B. entzieht. Daß auch ein Gesetz häufig Vorschriften nur reglementärer Natur enthält, erkennt Hiller[1] und vor allem Neumann[2] nicht an. Für sie ist die Stellung im Gesetz die Hauptsache, nicht aber der Wille. Neumann begründet seinen Standpunkt wie folgt: „Die Rechtmäßigkeit wird durch eine Verletzung oder Nichtbeachtung der vorgeschriebenen Form alteriert, wenn das Gesetz selbst die Form des Verfahrens regelt, oder auf eine durch die Staatsregierung zu erlassende Instruktion hinweist. Denn hierdurch hat es zu erkennen gegeben, daß es auf die Form Wert legt, und da Zwangsvollstreckungen eine Beschränkung der persönlichen Freiheit durch die Staatshoheit darstellen, so sind auch gewisse Grenzlinien und Garantien notwendig, um einerseits die Freiheit und Sicherheit des Einzelnen nicht mehr als nötig einzuschränken, andererseits die Würde und Hoheit des Staates nicht in Gefahr zu bringen, durch die Willkür seiner Organe gemißbraucht zu werden. Die Staatsangehörigen haben also einen gesetzlichen Anspruch auf die Befolgung solcher formeller Vorschriften, und ihre Mißachtung ist ebenso unrechtmäßig als die Überschreitung der sachlichen Zuständigkeit bei Handhabung des Amtes". Seine Ansicht geht viel zu weit, da er auf einfach reglementäre Vorschriften, die im Gesetz oder in Dienstinstruktionen enthalten sind, bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit Rücksicht nimmt. Die oben erwähnte Ansicht, daß die Terminologie des Gesetzes, ob Muß- oder Soll-Vorschrift einen Anhaltspunkt für die Feststellung des Gesetzeswillens maßgebend sein wird, wird vor allem von Olshausen[3] für nicht unbedingt entscheidend angesehen, auch wenn der Gebrauch des „Muß" an sich auf die Wesentlichkeit der Anordnung hinweisen dürfte; denn im Gesetz, so fährt die Entscheidung[4] fort, „finden sich oft reglementäre Vorschriften und wiederum können durch ein nur Normativbestimmungen enthaltendes und die nähere Ausführung derselben ausdrücklich weiterer Regulierung vorbehaltendes Gesetz auch wesentliche für die Rechtsgültigkeit eines Aktes erhebliche Formen einer Dienstanweisung vorbehalten bleiben. Es kann vielmehr die Frage über die Bedeutung einer Anordnung über das bei Rechtsakten zu Wahrende nur aus dem jedesmal zu erforschenden Willen des Gesetzgebers, bezw. seines Delegierten beantwortet werden".

d) Stand der Anschauungen.

Wir haben also festgestellt, daß bei einer rechtmäßigen Amtsausübung, der Beamte sachlich und örtlich zuständig sein muß. Damit haben wir einen Ausgangspunkt für viel tiefer liegendere Probleme gefunden. Die folgenden Ausführungen werden sich diesen widmen. An die Spitze der folgenden Darlegung ist der eine schwerwiegende Gesichtspunkt zu stellen, daß Interessenkollisionen zwischen Bürger und Staat stets gegeben sein werden und sich diese Kollisionen besonders bei der Gegenüberstellung des Bürgers und der Exekutivbeamten ergeben

[1] Hiller, Rechtmäßigkeit, S. 48. [2] Neumann, S. 218ff. [3] Olshausen, § 113, 13b. [4] RG. 17, 122.

werden[1]. Es ist eigentlich niemals die Frage verstummt, was unter Rechtmäßigkeit der Amtsausübung zu verstehen ist. Dieses Problem ist so gewaltig und schwerwiegend, daß auch heute noch nicht eine einheitliche Meinung sich herausgebildet hat. Spielen doch hier Grundfragen des Staats- und Sozialrechts mit; auf der einen Seite steht der Staat mit seiner Allgewalt und auf der andern der Bürger mit seiner Individualsphäre. Gehen wir einmal rein historisch vor und beginnen wir eine Ansicht darzulegen, die tatsächlich von der absoluten Staatsgewalt ausging. Jagemann[2], der für unbedingte Strafbarkeit des Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte eintritt, hält den unbedingten Gehorsam für eine Pflicht des Bürgers, nur falls es die Zeit ermöglicht, solle der von dem vermeintlichen Unrecht getroffene Staatsbürger die geordneten Rechtsmittel ergreifen. Jagemann ist der Vertreter des absoluten Staates, wo die Staatsgewalt allmächtig ist und der einzelne Bürger völlig machtlos. Unter keinerlei Umständen soll es erlaubt sein, sich selbst, und zwar mit Gewalt gegen den Staat Recht zu nehmen. „Es gibt einem Vollziehungsbeamten gegenüber gar keine Notwehr im gesetzlichen Sinne, also keine gerechte Notwehr. Mag die Bedrängnis noch so weit gehen, mag die Not noch so groß sein, so ist die Notwehr hier immer eine ungerechte". Nur für Privatstreitigkeiten ist nach seiner Ansicht Notwehr geboten. „Unmöglich kann der Staat die Notwehr gegen sich selbst gelten lassen; denn er würde dadurch seine Obergewalt geradezu aufgeben". Dieselbe Ansicht vertritt auch Henke, Handbuch des Kriminalrechts, Bd. I, S. 221 ff, der deutlich nachweist, daß Notwehr nur gegen Privatgewalt stattfinden könne. Notwehr gegen den Staat und seine Agenten läßt sich nicht annehmen. Diese eben zitierte Ansicht legt Jagemann seinen Ausführungen zu Grunde und versucht sie mit folgenden Gründen zu verteidigen; er will nicht in die Hände der Untertanen die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Handlung der Obrigkeit legen. Er fürchtet, daß die höchste Staatsgewalt in Gefahr wäre, „ja der Weg zu einer legalen Revolution angebahnt wäre", sobald man den Untertanen das Recht gebe, die Kompetenz der gebrauchten Vollziehungsmittel zu prüfen. „Mag es auch noch so hart erscheinen, so kann man doch in keinem Falle, und selbst im grellsten nicht, wo die Diener der öffentlichen Macht in Rohheit ausarten und sich Körperverletzungen erlauben, ja, wo das Leben des Untertanen in Gefahr kommt, die Widersetzung gegen die Beamten von Gesetzes wegen billigen". Diesen Grundsatz hält Jagemann für unbedingt notwendig. Man kann auch von den Beamten im Augenblick des Aufruhrs oder des Verbrechens nicht verlangen, genau nach allen Richtungen die Voraussetzungen ihres Einschreitens zu ermessen, und falls sie selbst dies verneinen zu müssen glauben, so könnte ihnen doch ein Verweis erteilt werden, falls ihre Vorgesetzten über diesen Punkt eine andere Meinung haben. Ja, selbst wenn ein Staats-

[1] Siehe auch von Streit, S. 84. [2] Jagemann, S. 599 ff.

bürger ungerechter und fälſchlicher Weiſe eines Verbrechens bezichtigt und inhaftiert wird, ſo darf er ſich nicht widerſetzen, zumal er dann gewaltſam eine Selbſtentſcheidung ſich anmaßen würde, „und eine ſolche Anomalie gegen alle Rechts- und Staatsordnung kann nicht gutgeheißen werden, weil von da an nur ein Schritt weiter zu machen wäre, um eine vollſtändige Anarchie herbeizuführen". Denn zur Rechtſprechung allein iſt der Richter da. Immer wieder betont Jagemann, daß es eine dringende politiſche Notwendigkeit iſt, daß der Untertan ſtets und ohne Verzug den Dienern der Staatsgewalt gehorchen ſoll, auch wenn, was ja immer bei der mangelhaften menſchlichen Erkenntnis vorkommen wird, ein Unſchuldiger in Haft gebracht wird. Das Anſehen des Staates würde nach dieſer Theorie erheblich geſchwächt werden, falls ein Inhaftierter die Angriffe auf ſeine Perſon zurückſchlagen dürfte. Die Regierung müßte am Ende „mit einer Schüchternheit auftreten, als wolte ſie ihre Rechte mehr erbitten als erheiſchen". Dieſer Anſicht kann aber heute keinerlei Bedeutung beigemeſſen werden. Das zeigt ſchon die ſpätere Literatur, die garnicht mehr auf dieſe Anſicht eingegangen iſt. Nach Jagemann wäre der einzelne Staatsbürger tatſächlich nur ein willenloſes Werkzeug in der Hand der Staatsgewalt. Irgend welche ſubjektiv öffentliche Rechte für den einzelnen Staatsbürger gibt es im Syſtem Jagemanns nicht. Der Geiſt des 19. Jahrhunderts, wie er im Erwachen eines freien ſtarken Bürgertums ſich kundgab, iſt ſpurlos an ihm vorübergegangen.

Seine Ausführungen und Konſequenzen haben ſchon in der Literatur der damaligen Periode ihre Wirkung nicht verfehlt. Schon der nächſte Jahrgang des Archivs des Kriminalrechts brachte eine Widerlegung der Jagemann'ſchen Ausführungen aus der Feder von A. H. Zachariae[1]. Nach eingehender Unterſuchung der Jagemann'ſchen Ausführungen hält Zachariae dieſe Anſicht für falſch. Er verkennt nicht, daß Jagemann von dem politiſchen Standpunkt aus, in welchen er ſich dabei verſetzt hat, die von ihm verteidigte Anſicht „mit ſehr ſcheinbaren Gründen" belegt hat. Er nimmt entſchieden Stellung gegen die von Jagemann aufgeſtellte „in dieſer Weiſe bisher noch nicht vorgekommenen Behauptung", daß es einem Vollziehungbeamten gegenüber gar keine Notwehr im geſetzlichen Sinne, alſo keine gerechte Notwehr gebe. Man werde zwar zugeben müſſen, daß einem den Willen des Geſetzes vollziehenden Beamten kein Widerſtand geleiſtet werden dürfe, dieſer vielmehr zu ahnden ſei. Notwehr ohne Überſchreitung ihrer rechtlichen Grenzen müſſe dem Untertan immer dann geſtattet ſein, wenn der Beamte den Willen des Geſetzes nicht vollzogen, ſondern ihn „in böslicher Abſicht oder gröblicher Verblendung überſchritten hat, daß alſo ſein Angriff ein widergeſetzlicher oder unrechtmäßiger iſt und dagegen zur Erhaltung oder Verteidigung eines unerſetzlichen Gutes, oder zur Abwendung eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils, Privatgewalt gebraucht oder Widerſtand ge-

[1] Zachariae, S. 355 ff.

leistet wird. Nur eine Theorie vom absoluten Staat, von welchem alle Rechte der Bürger wie vom Leviathan verſchlungen werden, kann den Untertan gegen die sog. öffentliche Gewalt als rechtlos hinstellen". Im übrigen weist Zachariae diejenigen, welche eine unbedingte Strafbarkeit des Widerstandes behaupten, mit der Bemerkung ab, daß sie für ihre Anſchauung keinen einzigen Rechtsgrund anführen, vielmehr allgemeine politiſche Vernunftgründe, wobei sie davon ausgehen, daß beim Widerstand des Staatsbürgers gegen die Staatsgewalt die öffentliche Ordnung nicht erhalten und dadurch auch die Arbeit der Behörden vereitelt werden könne. Und die höchst merkwürdige Behauptung Jagemanns, als ob bei einer bedingten Straflosigkeit konsequenter Weise das Recht der Revolution anerkannt werden müsse, verwirft Zachariae sehr treffend damit, daß man wohl meinen sollte, „daß zwiſchen der gewaltsamen Verteidigung einzelner gegen einen rechtswidrigen Angriff und dem angeblichen Rechte eines Volkes zur Revolution ein himmelweiter Unterſchied besteht". Er stellt in seinen Ausführungen ferner die Frage, ob die Untertanen, und insbesondere die Untertanen in Deutſchland zu einem unbedingten und blinden, oder nur zu einem gesetz- und verfassungsmäßigen Gehorsam verpflichtet sind. Denn kann nur eine Verpflichtung zu letzterem anerkannt werden, wie es der Begriff und das Wesen eines durch eine Verfassung geordneten Staates und „das positive deutſche (das gute alte) Recht mit sich bringt", dann fehlt man allerdings gegen eine der wichtigsten Grundlagen der Staatsordnung, wenn man bei der hier erörterten Frage dennoch den Satz, daß der Untertan, sobald etwas befohlen werde, still gehorchen müsse, und daß es einem Vollziehungsbeamten gegenüber gar keine Notwehr gebe, zur Basis der Beweisführung macht. Auch in seiner Behandlung der Pflichten der Staatsbürger erklärt er[1] den Gehorsam, den der Staat von einem Beamten verlangen darf, für einen „durch den Zweck des Staates und die Rechte der Staatsgewalt geregelt und begrenzten" und lehnt damit den blinden „sklaviſchen" Gehorsam, den Jagemann seiner Arbeit zu Grunde legt, entſchieden ab. Er gewährt dem Untertan auch das Recht des Widerstandes, verlangt aber auch, daß auf die Forderungen einer geregelten Staatsordnung und auf die praesumtio legalitatis für für die Beamten Rücksicht genommen wird, insoweit jedoch nur, als die Gehorsamleistung nicht mit einem unersetzlichen Schaden den die Vorſchrift befolgenden Untertan verbunden ist. Diese Gedanken bringt er in der oben besprochenen Schrift noch eingehender zum Ausdruck, indem er verlangt, daß den obrigkeitlichen Befehlen Folge geleistet werde, und daß „die Vermutung für die Legalität" des Verfahrens öffentlicher Beamten sprechen müsse. Ein solcher Gehorsam müsse jedoch auch seine Grenzen haben. Diese Vermutung solle nur da wirken, wo die Gesetzmäßigkeit zweifelhaft ist, „nicht aber eine Schuld für das wirkliche Unrecht und die offenbare Gesetzesverletzung sein". Und

[1] Zachariae, Dt. Staats- u. Bundesr., S. 472.

so gelangt er ſchließlich dazu, die Straflosigkeit der Widersetzlichkeit gegen einen rechtswirksamen Angriff dann zuzulassen, wenn es sich um unmittelbare Abwendung eines unersetzlichen Nachteils handelt. Deshalb kann der Staat gerechter Weise nicht verlangen, „daß der Bürger bloß dieser Vermutung der Legalität halber auf das natürliche Recht der Selbstverteidigung gegen einen widerrechtlichen und ein unersetzliches Gut unmittelbar bedrohenden Angriff verzichte, und kann ohne argen Widerspruch nicht verordnen, daß die Abwehr eines Verbrechens wieder ein Verbrechen sei". Er stellt ferner als Erfordernis auf eine nicht bloß objektive, sondern auch subjektive Widerrechtlichkeit, d. h. der Täter muß das Bewußtsein haben, daß der Beamte sich in gesetzmäßiger Amtsausübung befinde, und daß er gegen diese Amtsausübung Widerstand leiste. Eine ähnliche Ansicht vertritt Arnold[1], der die Grundsätze der Notwehr für gegeben hält, wenn das formelle Unrecht einen Schaden hervorruft, der nicht mehr vollständig zu ersetzen ist[2]. Zu demselben Ergebnis kommt auch Schwarze, der Verfasser der „Kritik des preußiſchen Strafgesetzbuchsentwurfs" im Beilageheft des Archivs des Kriminalrechts (1843)[3], der mit Rücksicht auf die Erhaltung der Autorität der Gesetze den Bürgern nicht gestatten kann, in jedem Falle zu prüfen, ob die Behörde zu der betreffenden Anordnung auch wirklich verfassungsmäßig befugt war oder nicht; „es ist vielmehr jeder Untertan verbunden, den Anordnungen der Behörde mit alleiniger Ausnahme der Fälle, in welchem die Behörde eine offenbar verfassungswidrige Maßregel auszuführen unternimmt und der betreffende Bürger durch deren Vollziehung einen unersetzlichen Nachteil an seiner Ehre, Freiheit oder Gesundheit erleiden würde, unbedingten Gehorsam zu leisten, und ist der Exzeß der Befugnis oder die Inkompetens der Behörde nur als Strafmilderung, nicht als Strafausſchließungsgrund anzusehen. Das Recht des gesetzlichen Widerstandes ist nicht anzuerkennen". Diese Anſchauung über das Widerstandsrecht wurde in der Theorie in der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts vertreten. Diese Ansicht der Literatur ist zum großen Teil noch bedingt von der Vorstellung des absoluten Staatsbegriffs. Nachdem sich jedoch der absolute Staat umgewandelt hatte in den konstitutionellen, wandeln sich die Ansichten von selbst. Nur ein einziger Schriftsteller[4] hat in der nach 1870 erſchienenen Literatur die Ansicht Zachariaes wieder aufgenommen, indem er erklärte, daß der Richter prüfen solle, „ob der Betreffende mit einem unersetzlichen Nachteil bedroht war". Diese Theorie jedoch, die die Unersetzlichkeit des durch den widerrechtlichen Angriff bedrohten Gutes als konstitutives Moment hervorhebt und in diesen Fällen nur eine Notwehrhandlung des einzelnen Bürgers zuläßt, ist abzulehnen; denn es dürfte ſchwer zu bestimmen sein, welches Recht unersetzlich ist. Die Unersetzlichkeit müsste ja in das subjektive Ermessen des ein-

[1] Arnold, Arch. d. Krim. R., 1843, S. 399 ff. [2] Schwarze, S. 100 ff. [3] Der gleichen Ansicht Oppenhoff, zu § 113, Nr. 16. [4] Oppenhoff, zu § 113, Nr. 16.

zelnen Bürgers gestellt sein. Ferner ist diese Theorie mit dem Begriff der Notwehr nicht zu vereinbaren; denn der letzte Gedanke jedes Notwehrrechts ist der, daß der Einzelne unberechtigte Angriffe gegen seine Rechtssphäre nicht zu dulden braucht, sei es, daß der Angriff von einem Mitbürger, sei es, daß er vom Staate ausgeht. Unrecht muß dem Recht weichen; da ist es allgemeine Anschauung, daß die Art des Rechtsgutes, das angegriffen wird, völlig gleichgültig ist, und daß es dabei auf die Möglichkeit der Nichtwiedergutmachung nicht ankommt. Eine ähnliche Anschauung über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung vertritt Hiller[1], der nur dann straflosen Widerstand zulassen will, wenn die Amtshandlung offenbar materielles Unrecht darstellt, d. h. „so gestaltet ist, daß das Unrecht überhaupt mit Sicherheit und sogleich erkannt werden kann". Ferner soll das Unrecht, gegen das der Untertan Widerstand leisten darf, „ein sehr ernstes, die natürlichen oder verfassungsmäßigen Rechte tief verletzendes sein". Der Widerstand soll weiter nur zulässig sein gegen Verletzung der höchsten Rechte der Untertanen „so evidenter Art, daß die individuelle Überzeugung des Einzelnen von seiner Beeinträchtigung notwendig auch die aller Verständigen sein müsse". Mit dieser Anschauung will Hiller den Widerstand nur offenbarem Unrecht gegenüber gestatten. Indessen, abgesehen davon, daß es schwer zu bestimmen ist, welches Unrecht offenbar ist, ist die Ansicht Hillers zu erklären aus einer übertriebenen Auffassung des Staatsbegriffs und daraus, daß er seine Ideen auf naturrechtlicher Grundlage aufbauen will, ohne sich also ganz auf den Boden des positiven Rechts zu stellen. Ferner muß dieser Ansicht entgegengehalten werden, daß gegen jeden rechtswidrigen Angriff der Behörden Notwehr zulässig sein muß, nicht nur gegen den offenbar rechtswidrigen. Ferner ist es belanglos, ob das Unrecht ein sehr ernstes oder weniger schwer ist, das Gesetz will doch alle unrechtmäßigen Handlungen ausschließen. Sehr treffend weist diese Theorie Streit[2] zurück mit dem Bemerken, daß das nicht offenbare Unrecht weiter Unrecht bleibt und gefährlicher erscheint als das offenbare. „Welcher Richter", so fährt er fort, „wird den in Notwehr Handelnden darum nicht freisprechen, weil das Unrecht, gegen welches er sich gewehrt hat, ein nicht offenbares war? Und muß der Umstand, daß das nicht offenbare Unrecht von Beamten ausgeht nicht eher als ein erschwerenderes angesehen werden?". Diese Theorie ist auch darum verfehlt, weil sie damit den § 113 Str. G. B. wie auch § 53 einer Beschränkung unterzieht, die durch nichts gerechtfertigt ist. Für das geltende Str. G. B. können diese Ansichten Geltung nicht beanspruchen, da der § 113 ausdrücklich von rechtmäßiger Amtsausübung spricht und damit sie ausdrücklich von der unrechtmäßigen unterscheidet[3] Die vorhin erläuterten Anschauungen gehen also mehr oder weniger von der Legalität der Amtsausübung aus. Im Gesetz selbst finden diese Theorien

[1] Hiller, S. 49. [2] von Streit, S. 89. [3] Siehe auch Binding, Handb. I, S. 741: „Die Staatsgewalt hält es ihrer allein würdig, Rechtsgewalt zu sein, und fordert Unterwerfung nur soweit sie solche ist."

keine Grundlage. Zu den früheren Gründen kommt noch hinzu, daß damit eine Ausnahme von der allgemein gültigen Beweispflicht der staatlichen Organe aufgestellt wird. Das Gesetz spricht nur von dem Schutze der rechtmäßigen Amtshandlung. Zwar darf man heute annehmen, daß der Beamte durch gute Ausbildung und tägliche Anwendung des Gesetzes mit demselben besser als der Bürger vertraut ist, und in den meisten Fällen seine Pflicht zu erfüllen versucht, aber man kann wohl nicht behaupten, daß sich im Volksbewußtsein die Vermutung dafür durchgesetzt hat, daß die Beamten stets rechtmäßig handeln. Sobald ein Widerstand stattgefunden hat, wird diese Vermutung unwirksam. „Der den Widerstand Leistende hat nicht die Vermutung der Illegalität gegen sich[1]". Bei der Menge der Vergehen und Verbrechen im Amte, den mannigfachen Klagen in Zeitungen und öffentlichen Versammlungen über Willkürakte mancher Beamten besteht heute kaum eine Vermutung für die Rechtmäßigkeit der Handlungen der Beamten[2]. Vor allem weist Guggenheimer auf die vielen Exzesse der Exekutivorgane hin und will es dem Volke, das so häufig Zeuge ungerechtfertigten Einschreitens ist und Übergriffe aller Art täglich und stündlich[3] wahrnimmt, garnicht verdenken, wenn dasselbe es dann an der loyalen Gesinnung fehlen läßt. „Die tägliche Erfahrung macht solche Vermutung zu nichte[4]". Ferner widerlegt er diese Theorie, die, wie schon oben erwähnt, nur von ganz wenigen vertreten wird, mit sehr treffenden Worten an die Beamten. „Der beste Weg aber, die praesumtio für die Rechtmäßigkeit ihrer Amtshandlung zu schaffen, steht den Exekutivorganen selbst offen, indem sie durch stetes striktes Einhalten der ihnen zukommenden Grenzen den Glauben an die Rechtmäßigkeit jeder Amtshandlung befestigen. Nichts aber dürfte zum Bestreben der Beamten in dieser Richtung mehr beitragen, als der Gedanke, daß Unkenntnis ihrer Rechtmäßigkeit den Widerstehenden straflos mache; sie werden sich bemühen, eine Ansicht, daß sie unrechtmäßige Handlungen als Beamte vornehmen, nicht aufkommen zu lassen, den Glauben an ihre Legalität, die Vermutung für die Rechtmäßigkeit ihrer Handlungen im Amte zu schaffen". Die Legalpraesumtion ist nicht nur nicht in unserem Rechte anerkannt, sondern steht auch in krassem Widerspruch zu dem geltenden Strafrecht; denn der § 113 deutet gewiß nicht darauf hin. Als treffende Widerlegung kann man auch das Reichsbeamtengesetz[5] anführen, das ausdrücklich den Beamten für die Gesetzmäßigkeit seiner amtlichen Handlungen verantwortlich macht. Die entschiedenste Ablehnung findet diese Theorie wohl in der gesamten staatsrechtlichen Literatur[6]. Denn dort stellt man den Grundsatz auf, es gebe nur einen bloß bedingten verfassungs- und gesetzmäßigen Gehorsam. M. a. W.: der Untertan ist dem Befehl der Staatsgewalt nur insofern und insoweit „unbedingten Gehorsam schuldig, als deren Befehle verfassungs- und gesetz-

[1] Siehe John, in H. H., Bd. 3, S. 119. [2] Guggenheimer, S. 52 ff. [3] Siehe auch Binding, Lehrb., § 150, 3, a. [4] Guggenheimer, S. 52. [5] § 10 und 13. [6] Siehe von Kirchenhein, G. S., XXX, S. 204.

mäßig sind, somit der anordnenden und handelnden Obrigkeit ein gesetzlich begründetes Recht hierzu zusteht[1]". Die eingehende Widerlegung der Theorie durch die ausführlichen Darlegungen Guggenheimers[2] dürfte wohl genügen. Es erübrigt sich noch, auf die entscheidende Ablehnung durch Streit hinzuweisen[3].

In diesem Zusammenhang verdient auch eine vom Berliner Strafrechtler Goldschmidt aufgestellte Theorie erledigt zu werden, die sich gleichfalls auf den Boden der Legalität der Amtshandlung stellt. In seinen Abhandlungen[4] zieht er einen scharfen Trennungsstrich zwischen der inneren oder materiellen Rechtmäßigkeit, die vor allem die sachlichen Voraussetzungen einer Vollstreckungshandlung zur Grundlage hat, und einer äusseren, rein formellen, die nur die gesetzlich vorgeschriebenen Formen gewahrt wissen will. Seine Ausführungen bilden zum großen Teil eine Widerlegung des Zivilprozessualisten Geib, und so liegen der Goldschmidt'schen Besprechung vor allem zivilrechtliche und zivilprozessuale Gesichtspunkte zu Grunde. Aber auch mit der strafrechtlichen Seite des Problems befaßt er sich, wenn seine Arbeit sich auch infolge Verquickung beider Teile nicht gerade durch genaue Uebersichtlichkeit auszeichnet. Eine Amtshandlung habe die Vermutung der Legalität nur insoweit für sich, als die äußeren Formen[5] der Vollstreckungshandlung gewahrt seien. Selbst wenn ein Haftbefehl materiell ungerechtfertigt ist, d. h. also, wenn bei ihm die sachlichen Voraussetzungen des dringenden Tatverdachts, des Fluchtverdachts und der Kollusionsgefahr nicht vorliegen, aber der Polizeibeamte diesen Haftbefehl vollstreckt, dann befindet er sich dennoch in rechtmäßiger Amtsausübung, da sein Handeln „prozeßordnungsmäßig" ist. Ebenso ist die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung gegeben, wenn die Gefängnisverwaltung ein materiell ungerechtfertigtes Strafurteil bei einem eingelieferten Gefangenen vollstreckt, weil z. B. durch die Richter das Recht gebeugt worden ist. Trotzdem befindet sich die Gefängnisverwaltung in rechtmäßiger Amtsausübung; denn diesen staatlichen Organen steht bei Erfüllung der ihnen durch den richterlichen Vollstreckungsbefehl auferlegten Gehorsamspflicht zu vollstrecken, ein staatliches Recht der Vollstreckung, nämlich ein ius executionis zur Seite[6]. Es kommt dabei nur darauf an, daß der Beamte die äußere Form der Vollstreckungshandlung wahrt. Ferner wenn der Kriminalbeamte einen von einem Amtsrichter ordnungsmäßig unterschriebenen Haftbefehl vorlegt, so muß der zu Verhaftende zunächst die Vollstreckungshandlung gegen sich gelten lassen. Diese äußere Form hat der Untertan auf alle Fälle zu berücksichtigen. Selbst wenn der Anspruch unbegründet ist, und damit die Vollstreckungshandlung nach menschlicher Erkenntnis auch rechtswidrig ist, kann diese doch rechtmäßig sein vom Standpunkt des Vollstreckungsbeamten aus. Mag auch der Titel ungerechtfertigt sein und der richterliche Vollstreckungsbefehl

[1] von Kallina, S. 32. [2] Guggenheimer, S. 52 ff. [3] von Streit, S. 86|7, III. [4] Goldschmidt, Ung. Vollstreckungsbetrieb, S 76 ff. [5] Derselben Ansicht: Berner S, 390. [6] Goldschmidt, Festgabe, S. 116 ff.

sowie die staatliche Zwangsvollstreckung als solche bei materieller Grundlosigkeit des Vollstreckungsbefehls widerrechtlich sein, so sind doch „wegen der unbedingt bindenden Kraft eines Befehls für die Vollstreckungsorgane die Vollstreckungshandlungen der Vollstreckungsorgane selbst rechtmäßig.[1]“ Notwehr gegen den Vollstreckungsbeamten wegen materieller Grundlosigkeit der Vollstreckung ist deshalb ausgeschlossen, „vielmehr jeder geleistete Widerstand gemäß § 113 Str. G. B. strafbar.[1]“ Der § 113 ist von dem Gedanken beherrscht, daß die auf Grund eines bindenden Dienstbefehls erfolgende tatsächliche Vornahme einer Vollstreckungsmaßregel durch den zuständigen Beamten in der vorgeschriebenen Form zugleich für den Staat als für den Beamten ein Recht begründet, die dem Staat gegenüber pflicht- und daher rechtmäßige Amtsausübung des Beamten bis zur erfolgten Heilung als rechtmäßige Ausübung der Staatsgewalt auf Seiten des Untertanen berücksichtigt zu sehen. Wo im Gesetz allerdings diese Vermutung ihren Ausdruck findet, darüber schweigt sich auch Goldschmidt aus. In seiner unglücklichen Verquickung von zivilrechtlichen und öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten vergleicht er dieses publizistische, einen Vollstreckungsbefehl verkörpernde Recht des Staates auf vorläufige Achtung einer sich äußerlich als eine rechtmäßig darstellende Ausübung seiner Gewalt mit demjenigen privatrechtlichen Recht des Besitzes (ius possessionis), das im Interesse der allgemeinen Rechtssicherheit ganz unabhängig von dem Recht zum Besitze (ius possidendi) gegeben ist. Dabei gelangt er zu einem höchst merkwürdigen Analogieschluß. Das private Recht des Besitzes beruhe auf der tatsächlichen Gewalt einer Person über eine Sache, ebenso müsse das in dem selbständigen Recht des Vollstreckungsbeamten verkörperte publizistische Besitzrecht des Staates auf der tatsächlichen Gewalt des Staats über seine Untertanen beruhen. So erklärt er dieses staatliche Recht in Anknüpfung an privatrechtliche Vorschriften vom Besitze als Recht der Vollstreckung (ius executionis) im Gegensatz zu dem staatlichen Recht zur Vollstreckung (ius exequendi).[2] Gerade diese Parallele zwischen Besitz und der rechtmäßigen Ausübung der Staatsgewalt zeigt am besten, wie unhaltbar die Goldschmidt'sche Anschauung ist. Er versteigt sich so weit, daß er das Verhältnis zwischen Staat und Untertan als ein besitzähnliches auffaßt, und vergleicht also gewissermaßen, nur um seine Theorie halten zu können, den Untertanen mit einer Sache. Aber auch aus anderen Gesichtspunkten, sowohl staats- wie strafrechtlicher Natur, muß die Goldschmidt'sche Theorie abgelehnt werden. Goldschmidt zieht in seinen Darlegungen eine scharfe Trennungslinie zwischen Staat und Beamten. Der Staat ist für ihn gedankliche Abstraktion, und es wird überhaupt nicht klar, in welcher Beziehung der Beamte zu dieser Abstraktion stehen solle. Auf der einen Seite handelt der Beamte, sofern die sachlichen Voraussetzungen einer Amtshandlung nicht gegeben

[1] Goldschmidt, Unger. Vollstreckungsbetrieb. § 11, S. 76 ff. [2] § 113 Str. G. B. schützt das staatliche ius executionis, nicht das staatliche ius exequendi. So Goldschmidt, S. 121, Festgb.

sind, rechtswidrig, auf der anderen Seite soll der Vollstreckungsbeamte, der diese Amtshandlung ausführt, rechtmäßig handeln. Man muß sich unwillkürlich die Frage stellen, wie Goldschmidt eigentlich den Staat nach außen in Wirksamkeit treten lassen will. Der Staat tritt nach außen doch nur durch seine Beamten in die Erscheinung, der Staat handelt durch seine Organe[1]. Wenn also der Staat als solcher unrechtmäßig handelt, so kann er doch nur durch seine Organe unrechtmäßig handeln. Seitdem Gierke seine berühmte und durchaus herrschende Organlehre aufgestellt hat, wissen wir, daß Staat und Organ identisch sind. Diese Identität geht den Ausführungen Goldschmidt's vollkommen verloren. Es kann Goldschmidt insofern beigepflichtet werden, als bei Vollstreckungen ja oft die Form eine bedeutende Rolle spielt. Allein die Beobachtung der äußeren Form kann keineswegs maßgebend für die Rechtmäßigkeit einer Amtshandlung sein. Wenn tatsächlich Innehaltung der Form und Rechtmäßigkeit dasselbe wären, hätte der Gesetzgeber diese Gedanken irgendwie im Gesetz zum Ausdruck bringen müssen. Und aus den Motiven ergibt sich keineswegs, daß eine derartige Auslegung, wie sie Goldschmidt gibt, beabsichtigt war. Es muß bei jeder Amtshandlung auch der Inhalt der Vollstreckungshandlung, d. h. ihre sachliche Voraussetzung berücksichtigt werden. Zudem dürfte es für den Laien unter Umständen sehr schwer erkennbar sein, welche Voraussetzungen materieller und welche formeller Natur sind. Man darf nämlich nicht vergessen, daß der Zweck der vorher erwähnten und auch der Goldschmidt'schen Theorie darin besteht, den rechtsunkundigen Laien feste, äußerlich erkennbare Anhaltspunkte zu geben, wann der Untertan gegen eine unrechtmäßige Amtsausübung Notwehr ausüben kann. Denn die Formen der Vollstreckungshandlung sind ja dem Laien meistens irgendwie bekannt. Dagegen kann er höchst selten die juristischen Voraussetzungen einer Amtshandlung übersehen. Wenn aber unter Umständen vom Laien schwer unterschieden werden kann, welche Voraussetzungen zu den formellen und welche zu den sachlichen gehören, so versagt auch letzten Endes für diesen Zweck die Goldschmidt'sche Theorie. Hinzu kommt noch, daß er nur von richterlichen Maßregeln ausgeht und dabei übersieht, daß § 113 Str. G. B. auch von Anordnungen der Verwaltungsbehörden spricht. Trotzdem dehnt er seine Ansicht stillschweigend auf diese Anordnungen aus. Goldschmidt setzt sich dadurch mit dem Wortlaut des § 113 in Widerspruch. Ja man kann sogar sagen, seine Theorie gehe so weit, daß das materielle Unrecht zu schützen ist, sobald nur die äußeren Formen einer Vollstreckungshandlung gewahrt sind. Dies will aber gerade das Gesetz verhüten. So kommt es, daß die Goldschmidt'sche Theorie zu einem Ergebnis führt, welches durchaus in Widerspruch zu § 113 steht.

Haben die soeben behandelten Theorien die Rechtmäßigkeit abhängig gemacht von der Innehaltung bestimmter äußerer Formen,

[1] Siehe auch Helfritz, S. 21ff.

so versucht eine neuere Theorie die Rechtswidrigkeit der Amtshandlung abhängig zu machen von dem subjektiven Bewußtsein des handelnden Beamten. Die Rechtmäßigkeit der Handlung ist nach dieser Anschauung auch dann gegeben, wenn der Beamte sich in einem Irrtum befand, dem er ohne Pflichtwidrigkeit verfallen konnte[1]. Tatsächlich ist so der Beamte in sehr vielen Fällen Irrtümern ausgesetzt, vor allem dort, wo er mit selbständiger Beurteilung tatsächlicher Verhältnisse vorgehen soll. Der Widerstand soll nach dieser Anschauung nur dann straflos sein, wenn der Beamte wissentlich oder grob fahrlässig seine Amtsbefugnisse überschritten hat. Irrt sich der Beamte betreff seiner Kompetenz, so wird zwar seine Amtshandlung eine materiell unrichtige, aber keine gesetzwidrige[2]. Solange also ein Beamter den gesetzlichen Bestimmungen gemäß verfährt, ist seine Handlung eine rechtmässige. Rechtswidrig wird sie nur dann, wenn der Nachweis erbracht ist, daß der Beamte fahrlässig oder in rechtswidriger Absicht gehandelt hat[3]. Diese Theorie wird wird u. E. mit Recht heute vollständig abgelehnt[4]. Wenn der Gesetzgeber das Vorhandensein bestimmter Tatsachen zur Voraussetzung der von ihm angeordneten Vollstreckung gemacht hat, so kann doch die Vollstreckung nur dann als eine rechtmässige angesehen werden, wenn diese Voraussetzungen wirklich vorliegen. Der gute Glaube des Beamten und seine Pflichttreue kann niemals diese Voraussetzungen schaffen. Das Reichsgericht steht bezüglich der Voraussetzungen der Vollstreckung auf unserem Standpunkt[5]. Das Reichsgericht erkennt ausdrücklich an, daß die objektiv rechtswidrige Handlung eines Beamten nicht dadurch zu einer rechtmässigen wird, daß der Beamte sie irrtümlicher Weise dafür hält. In einem weiteren von ihm behandelten Falle[6] stellt sich das Reichsgericht im Gegensatz zum erstinstanzlichen Urteil, das erklärt hat, daß ein Gerichtsvollzieher schon deshalb in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes gewesen sei, weil er die Überzeugung von der Rechtmäßigkeit seines Tuns gehabt habe, auf den Standpunkt, daß eine Handlung immer dann rechtswidrig sei, wenn die vom Recht aufgestellten formalen Voraussetzungen, unter denen der Beamte zur Vornahme der Handlung befugt ist, nicht vorliegen, „auch wenn der Beamte in dem guten Glauben gehandelt hat, zur Vornahme der Handlung befugt zu sein". War der Gerichtsvollzieher also in dem dieser Entscheidung zu Grunde liegenden Falle zu Zwangsmaßregeln nicht befugt, so konnte die Überzeugung von der Rechtmäßigkeit seines Tuns nur auf einem Rechtsirrtum beruhen, welcher sein Handeln indes zu einem rechtmäßigen nicht gemacht haben würde. Maßgebend für die amtliche Tätigkeit muß immer der wahre Wille des Gesetzes sein; denn sonst würde ja das objektiv Rechtswidrige durch die subjektive Ansicht des Beamten zu einem „dem Rechte Entsprechenden" werden. Die gleiche Ansicht vertritt auch Olshausen[7], wenn er bemerkt, der gute oder schlechte Glaube des

[1] Vgl. C. Mayer, S. 360-61. [2] Siehe Hiller. S. 79-80 [3] [4] Siehe Dock, S. 245. [5] RG. 5, 297. [6] RG. 26, 249ff. [7] Olshausen, S. 460, Nr. 16.

Vollstreckungsbeamten komme gar nicht in Betracht. Es wird also einerseits eine Vollstreckungshandlung, die unrechtmäßig war, durch den guten Glauben bezw. durch einen Rechtsirrtum des Vollstreckungsbeamten nicht zu einer rechtmäßigen[1]. Selbst die irrige Annahme, es liege ein Haftbefehl vor, bewirkt für sich allein nicht die Rechtmäßigkeit der Festnahmehandlung. Auch Guggenheimer hält den guten Glauben des handelnden Beamten in Bezug auf die Rechtmäßigkeit der Amtshandlung für irrelevant. Die Amtshandlung muß objektiv rechtmäßig sein. Ist sie dagegen unrechtmäßig, so bleibt sie es, auch wenn der handelnde Beamte sie für rechtmäßig hält[2]. Sehr ausführlich verbreitet sich auch über diese Frage John[3], der zunächst Oppenhoff's Ansicht[4], daß die Ausschreitungen eines an sich zu einer Vollstreckungshandlung berufenen gutgläubigen Beamten nie rechtswidrig sein können, mit der Bemerkung widerlegt, daß die Frage, ob ein rechtswidriger Angriff stattgefunden habe, nicht nach der Gut- oder Schlechtgläubigkeit des Angreifenden zu beurteilen sei. Auf das persönliche Meinen und Dafürhalten des Beamten oder des den Widerstand Leistenden über die Rechtmäßigkeit der vom Beamten vorgenommenen Handlung komme es eben in keiner Weise an. Er verlangt vielmehr, daß die Handlung des Beamten, die zu einem Widerstande führte, gewissermaßen vor Gericht zu stellen sei. Falls dann der Richter die Frage, ob der betreffende Beamte die Handlung nach den gesetzlichen Vorschriften vorgenommen habe, mit ja beantwortet, so ist der Widerstand strafbar, auch wenn der Beamte nicht die Überzeugung von der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes bezw. der den Widerstand Leistende das Bewußtsein von der Rechtmäßigkeit seines Widerstandes gehabt hat. Wird im umgekehrte Falle die obige Frage vom Richter mit nein beantwortet, so bleibt der Widerstand straflos, ist also nicht nach § 113 Str. G. B. zu bestrafen, „sollte auch der Beamte von der Rechtmäßigkeit seiner Handlung überzeugt sein und der den Widerstand Leistende seinen Widerstand für ungesetzlich halten". So wie das objektiv Rechtswidrige durch die subjektive Ansicht der Beamten nie zu einem Rechtmäßigen werden kann, kann auch andererseits das objektiv Rechtmäßige durch den bösen Glauben des Beamten nicht zum Rechtwidrigen werden[5]. Verhaftet z. B. ein Beamter aus persönlichen Motiven heraus einen steckbrieflich verfolgten Mörder, ohne vom Steckbrief Kenntnis zu haben, so wäre der Widerstand des zu Verhaftenden strafbar; denn die Handlung des Beamten ist objektiv rechtmäßig. Er führt ja einen ordnungsmäßigen Befehl einer Behörde aus. Wir sehen also, daß es auf den guten oder bösen Glauben des Beamten nicht ankommen kann. Andererseits wiederum ist der Beamte der Überzeugung, daß die formalen Voraussetzungen seiner Amtshandlung gewahrt sind, während sie in Wirklichkeit nicht vorliegen. so ist der Widerstand des Untertanen in diesem Falle straflos.

[1] Der gleichen Ansicht Mayer (M. E.), S. 446. [2] Guggenheimer, S. 10. [3] John, S. 118. [4] Oppenhoff, § 117, Nr. 18|19 [5] Ebenso Olshausen, § 113, Nr. 16, auch M. E. Mayer, S. 446: „Der böse Glaube des Beamten ist ebenso wirkungslos wie der gute".

Die dargelegte Anſchauung würde auch in krassem Gegensatz zur Notwehrlehre stehen, denn § 53 Str. G. B. verlangt nur einen objektiv rechtswidrigen Angriff. Nach dieser Anſchauung aber würde die Rechtmäßigkeit in das subjektive Bewußtsein des Beamten verlegt werden und damit mit § 53 Str. G. B. nicht zu vereinbaren sein.

Nach Ablehnung dieser Theorien gelangen wir nun zu der in Literatur und Praxis herrſchenden Anſchauung, die davon ausgeht, daß nur die pflichtgemäße Amtsausübung tatsächlich rechtmäßig ist. Bolze[1] hat durch seine klaren und eindeutigen Ausführungen diese Theorie zu der Stellung emporgehoben, die sie heute tatsächlich besitzt[2]. Der § 113 behandelt weder die rechtmäßige Ausübung der Staatsgewalt noch das rechtmäßige Erlassen von Urteilen der Gerichte, auch ist hier nicht die Rede davon, daß Befehle der Verwaltungsbehörden rechtmäßig getroffen oder Gesetze rechtmäßig zustandegekommen sind, sondern davon, daß jener Beamte s e i n Amt rechtmäßig ausübt. Diese Ausübung beginnt erst, nachdem die Urteile, Befehle, Verfügungen und Anordnungen oder die Gesetze zustandegekommen sind, an dem, wie sie zustandegekommen sind, ist der Vollstreckungsbeamte regelmäßig ganz unſchuldig[3]. Wenn nun den Beamten eines Staates die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündeter Gesetze und Verordnungen gesetzlich und verfassungsmässig untersagt ist, so gehört es zu den Obliegenheiten ihres Amtes, diese Gesetze und Anordnungen auch dann zur Anwendung zu bringen, wenn dieselben in der Tat nicht rechtsgültig sind. Er ſchließt seine Ausführung sehr treffend und einleuchtend: „Mag auch die Staatsgewalt durch Anwendung rechtsungültiger Gesetze unrechtmäßig ausgeübt werden, die Beamten üben ihr Amt rechtmäßig aus, wenn sie die gehörig verkündeten Gesetze zur Anwendung bringen[4]". Es ginge doch nicht an, die Amtsausübung des Beamten als eine unrechtmäßige zu bezeichnen, wenn er jene amtliche Pflicht erfüllt, solche gehörig verkündeten Gesetze zur Anwendung zu bringen. Der Zweck dieser Theorie besteht wohl hauptsächlich darin, den Beamten, der getreulich in Pflichterfüllung eine Amtshandlung ausgeführt hat, nicht ſchuldlos dem Widerstande des Staatsbürgers preiszugeben. Deshalb wird auch die Rechtmäßigkeit der Amtshandlung, die der Beamte aus eigener Initiative vornimmt, anders gewertet als die derjenigen, welche der Beamte auf Grund eines höheren Befehls vornimmt[5]. Bezüglich der ersten Kategorie hat der Beamte ein unbeſchränktes Recht, die objektive Prüfung der Rechtmäßigkeit seiner Amtshandlung selbst vorzunehmen. Hier läßt sich wohl kein Grund dafür anführen, ihn von der vollen Verantwortlichkeit zu befreien. Jedoch werden auch hier wiederum zwei Fälle voneinander geſchieden.

---

[1] Bolze. i. Goltdammer Arch., S. 3. 389. [2] Ebenso Hälschner, Bd. II, S. 810. Meves, i. H. H., Bd. IV, S. 309. Rüd-Stenglein, § 113, Nr. 8. Freund, Arch. f. öff. R., Bd. I, S. 133. Olshausen, S. 458, Nr. 14. von Calker, S. 44. Pfeiffer, S. 42. Flesch. S. 68. Borchardt, S. 62. Kleinfeller, S. 289. von Kallina. S. 60. Lukas, S. 242. von Liszt, § 171. [3] RG. 2, 416. [4] Bolze aaO., S. 391. [5] Freund, S. 113.

Der erste Fall hat den Beamten im Auge, dem durch das Gesetz die Vornahme der Vollstreckung in sein Ermessen gestellt ist, und dem die Prüfung der tatsächlichen Voraussetzungen der Amtshandlung anheimgegeben sind. Handelt er in einem tatsächlichen Irrtum über gewisse, nur seiner Prüfung unterworfene tatsächliche Voraussetzungen, so fassen Literatur[1] und Praxis[2] diesen Irrtum über tatsächliche Voraussetzungen als irrelevant auf und erklären, daß die Amtshandlung trotz des Irrtums eine rechtmäßige bleibt. Verhaftet z. B. ein Kriminalbeamter auf Grund eines steckbrieflichen Signalements eine Person, von der er glaubt, daß sie die im Steckbrief beschriebene sei, so bleibt seine Amtshandlung eine rechtmäßige, falls er pflichtmäßig das Signalement geprüft und gefunden hat, daß es auf den Verhafteten passe. Anders verhält es sich jedoch, wenn der Beamte maßgebende Vorschriften völlig außer Acht läßt, sie falsch auslegt und infolgedessen seine Befugnis zum amtlichen Einschreiten aus dem Vorliegen gewißer tatsächlicher Verhältnisse ableitet, die dasselbe gesetzlich überhaupt nicht zu rechtfertigen vermögen[3]. Irrt der Beamte also über die konkrete und abstrakte Zuständigkeit, und damit in rechtlicher Beziehung, so macht dieser Rechtsirrtum sein Vorgehen unrechtmäßig und seine Amtsausübung ist keine rechtmäßige. Im ersten Falle will das Reichsgericht den Beamten bei einem verzeihlichen tatsächlichen Irrtum auf jeden Fall schützen und seine Amtshandlung trotz des Irrtums über tatsächliche Punkte schon aus dem Grunde der Rechtmäßigkeit nicht entkleiden, da sonst „die Tatkraft des Beamten durch die Furcht vor Begehung eines Irrtums selbst in den Fällen gelähmt werden würde, wo gerade das schnelle und energische Eingreifen des Beamten im Interesse des Staates gerechtfertigt und geboten wäre[4]". War der Irrtum jedoch nicht entschuldbar, so wird er nicht beachtet und von der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung kann nicht die Rede sein. Diese Ansicht kann man als die in der Praxis herrschende bezeichnen[5].

Ganz anders wird dagegen bei der zweiten Kategorie der Amtshandlung vorgegangen werden müssen. Hier tritt der Begriff des Verwaltungsorganismus dem Begriff der Beamtenverantwortlichkeit entgegen. Wollte man dem ausführenden Beamten ein unbeschränktes Recht auf Prüfung der Gesetzmäßigkeit des ihn bindenden Befehls anerkennen, so würde praktisch die Verwaltungstätigkeit des Staates lahmgelegt werden. Während bei der ersten Kategorie von Amtshandlungen genügte, daß der Beamte nach pflichtmäßiger Prüfung der materiellen Voraussetzungen seines Einschreitens von seiner Amtsausübung sagen dürfte, sie sei eine rechtmäßige, wird hier das Prüfungsrecht nicht dem einschreitenden, untergebenen Beamten zugestanden, sondern dessen Vorgesetzten. Diesem allein steht das Prüfungsrecht der materiellen Richtigkeit gesetzlich zu, nie jedoch dem den höheren

[1] Allfeld, S. 559. Frank, § 113, IV, 1, Abs. 2. Olshausen § 113, Nr. 15|16. Ebermayer, § 113, 11. Gerland, S. 254. M. E. Bayer, S. 450. Oppenhoff, § 113, 12. Meves, i. H. H., Bd. IV, S. 308. Graf Dohna, S. 135. a. A.: Liszt, § 171. [2] RG. 5, 296. 6, 400. 7, 544. 19, 69. 27, 153. 30, 348. 32, 269. 55, 161. [3] Siehe auch RG. 30, 34S. [4] RG. 6, 400. [5] Siehe Entscheiduug unter [2].

Befehl ausführenden Vollzugsbeamten, dessen Pflicht es vielmehr ist, zu prüfen, ob die formalen Voraussetzungen erfüllt seien. In diesem Zusammenhang erscheint in der Literatur folgende Streitfrage. Eine Anschauung, die auch vom Reichsgericht vertreten wird, geht davon aus, daß die Amtsausübung schon dann eine rechtmäßige ist, wenn die Vollstreckung der Tatsache der Anordnung entspricht[1]. D. h. es ist nur maßgebend, daß der Beamte einen für ihn verbindlichen Befehl seines Vorgesetzten zur Ausführung bringt. Nach dieser Ansicht ist dem Vollstrekkungsbeamten jede Prüfung der Gesetzmäßigkeit der zu vollstreckenden Entscheidung oder Verfügung entzogen, wenn er den Auftrag einer Dienststelle, welcher er nach dem gesetzlich geltenden Verwaltungsrecht Gehorsam schuldet, in der gesetzmässigen Weise ausführen soll. Lediglich die Frage bleibe für ihn zu entscheiden, ob die Ausübung des Staatsaktes durch den Vollzugsbeamten formell rechtmäßig ist, also z. B. ob die geforderte Form beobachtet wurde und der Beamte zur Ausführung seine örtliche, zeitliche, sachliche Zuständigkeit innegehalten habe. M. a. W.: In Erfüllung der Gehorsamspflicht gilt jede Ausführung einer amtlichen Handlung als rechtmäßige Amtsausübung, mag auch der Befehl selbst der Rechtmäßigkeit entbehren.

Die andere Anschauung geht jedoch davon aus, daß die Anordnung selbst eine dem Gesetz entsprechende sein müsse, und daß die unrechtmäßige Amtsausübung durch Uebertragung der Ausführung an einen anderen Beamten niemals zu einer rechtmäßigen werden kann. D. h. die Rechtmäßigkeit der Amtshandlung des vollstreckenden Beamten wird durch die Gesetzlichkeit des vollzogenen Befehls bedingt[2]. Zur Entscheidung und Erläuterung dieser Fragen ist es notwendig, einen praktischen Fall der Untersuchung zu Grunde zu legen. Ein Gerichtsvollzieher, der bisher seine Pflicht, die darin besteht, die Aufträge seiner Vorgesetzten pünktlich und genau auszuführen, zur vollsten Zufriedenheit der vorgesetzten Behörde erfüllt, erhält einen nicht ordnungsmäßig zustandegekommenen, mit der Vollstreckungsklausel versehenen Titel, also m. a. W. den Befehl zu einer gesetzwidrigen Vollstreckung. Es wäre unbillig, wenn das Gesetz die Amtsausübung dieses den Auftrag seiner vorgesetzten Behörde ausführenden Beamten, der getan hat, was er nach Gesetz und Dienstpflicht zu tun berufen ist, nicht auch schützen sollte. Zwar verlangt das Gesetz von dem untergebenen Beamten nicht gerade blinden, unbedingten Gehorsam gegen die Befehle der Vorgesetzten, er soll nicht völlig der Prüfung der Rechtmäßigkeit seiner Amtsausübung überhoben sein, vielmehr

[1] Bolze, S. 392 ff. Borchardt, S. 60 ff. van Calker, S. 44. Freund, S. 133. Hälschner, S. 810 ff. Hiller, S. 81. von Kallina, S. 60. Kleinfeller, S. 289. von Liszt, § 171, S. 586 und § 35, I. Lukas, S. 242. Meves. i. H. H., S. 309. Olshausen, § 113. Nr. 15a. Ebermayer, § 113, Nr. 11b. Fleisch, S. 73 ff. Pfeiffer, S. 40 ff. Rüd-Stenglein, § 113, Nr. 8. Goldschmidt, Festgabe, S. 16 und 127. RG. 2, 411 und 55, 161. Rechtspr. 2, 559. 4, 418, 7, 280. [2] Allfeld, S. 559. von Bar, Ges. u. Schuld, Bd. III, S. 171 ff. Binding, Handb.. I, S, 743. Binding, Lehrb. II, S, 771. Eberhard, S 49. Frank, § 113, IV, 1. Geyer, Grundriß zu Vorlesung über gemeines deutsches Strafrecht, 1885, Bd. II, 138 und in H. H. Bd. II, S. 353. Guggenheimer, S. 9. John in H. H. Bd. III, S. 119 und 122. von Kirchenheim, G. S. XXX, S. 195. M. E. Mayer, S. 447. Neumann, S. 223. Oppenhoff, Anm. 13 zu § 113. Oppenhoff-Del. Nr. 13 zu § 113. Schwarz, Nr. 3 f zu § 113. von Streit, S. 95 ff. Gerland, S. 255. Wachenfeld, S. 556.

geht seine Pflicht dahin, die formelle Seite der Anordnung zu prüfen, d. h. ob der Befehl in der vorschriftsmäßigen Form erteilt ist bezw. die Kompetenzfrage, d. h. ob der Auftrag von der Behörde herrührt, welche derartige Befehle zu erteilen berechtigt ist. Das Zustandekommen der Gesetze als solches ist, wie schon oben ausgeführt, den Unterbeamten vollkommen unbekannt. Ebenso wäre es unbillig, dem Teil der Literatur beizupflichten, der als Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung der Vollstreckungsbeamten die Gesetzmäßigkeit der von letzteren doch gar nicht getroffenen Anordnungen verlangt. In Erfüllung einer Gehorsamspflicht muß die Ausführung jeder amtlichen Handlung als rechtmäßige Amtsausübung betrachtet werden[1]. Nur wenn die getroffene Anordnung offensichtlich ungesetzlich war, also gänzlich außerhalb des Rahmens der amtlichen Befugnisse der anordnenden Behörde lag, kann der vollziehende Beamte die Durchführung verweigern. Es ginge doch auch gar nicht an, wenn man z. B. von einem Polizeibeamten verlangen sollte, daß er einen Befehl seines Vorgesetzten, der keine strafbare Handlung enthält, auf seinen Zweck und seine Rechtmäßigkeit prüfen wollte, oder wenn im oben angeführten Falle der Gerichsvollzieher eine eingehende Ermittelung über den mit der Vollstreckungsklausel versehenen Titel anstellen wollte. Das zu entscheiden, würde dem Beamten selbst unter Aufwendung aller Sorgfalt nicht möglich sein. Man ist auch heute in der Praxis darüber einig, daß die Vollstreckungsbeamten in der Regel weder das Recht noch die Fähigkeit zur Nachprüfung der materiellen Voraussetzungen der Rechtsvorschriften haben. In den meisten Fällen, so führt ein Urteil des Reichsgerichts sehr treffend aus[2], ist auch der Beamte gar nicht in der Lage, die Gesetzmäßigkeit des Auftrages zu prüfen. Er habe auch gar keine Berechtigung da, wo er den Anordnungen einer vorgesetzen Behörde Folge zu leisten hat, in Widerspruch mit der unentbehrlichen Amtsdisziplin seiner individuellen Anschauung seinen Einfluß auf seine Diensthandlungen einzuräumen und je nach Gestalt des Falles die staatliche Exekutive in die Hand zu nehmen. Auch eine neuere Entscheidung steht in Einklang mit den hisher vom Reichsgericht angenommenen Grundsätzen. Dort wird ebenfalls der Vollstreckungsbeamte für nicht berechtigt gehalten, die Gesetzlichkeit der in Rede stehenden Anordnungen einer Prüfung zu unterziehen. Er ist durch die eigene Verantwortlichkeit der vorgesetzten Dienstbehörde gedeckt, wenn er kraft seiner Gehorsamspflicht den Auftrag ausführt[3]. In der Literatur wird dieser Standpunkt noch vertreten von Laband[4], der mit großer Entschiedenheit dieser Meinung beitritt. „Würde man den Unterbeamten auch die Prüfung der Frage überlassen, ob die vorgesetzte Behörde die bestehenden Rechtsvorschriften materiell richtig auslegt und angewendet hat, so würde man das System der Behördenorganisation und die Unterordnung der niederen Behörden unter die oberen nicht nur zerstören, son-

[1] Kleinfeller, S. 289. [2] RG. 2, 411 ff. [3] RG. 55, 161 ff. [4] Laband, S. 462.

dern geradezu auf den Kopf stellen. Die untere Behörde und der niedriger gestellte Beamte hätte das Recht und die Pflicht, die Entscheidungen und Verfügungen der oberen Behörde und des vorgesetzten Beamten einer Ueberprüfung zu unterziehen, und es würde demnach nicht das Reichsgericht, sondern der Gerichtsvollzieher, nicht das Finanzministerium, sondern der Zolleinnehmer in Wahrheit die letzte Instanz sein. In allen Fällen, in welchen die höhere Instanz eine andere Rechtsansicht wie die niedere festhält, müßte sie auch die Durchführung unmittelbar und ohne Mitwirkung der niederen Instanz übernehmen oder gewärtigen, daß die letztere ihre Dienste verweigert. Das unbedingte und unbeschärnkte Prüfungsrecht bringt eben die unbedingte und unbeschränkte Verantwortlichkeit als Korrelat mit sich". Die Kritik der untergebenen Beamten würde auf die gesamte Staatstätigkeit geradezu zersetzend wirken. Im übrigen würde es jedoch im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen, die verschiedenen Theorien vom unbedingten Gehorsam des Beamten gegenüber dem Befehl des Vorgesetzten näher zu behandeln.

Gerade die letzte Theorie von der Amtspflichtmäßigkeit wird m. E. dem Problem am meisten gerecht, wenn auch eine vollkommen befriedigende Lösung mit ihr nicht geschaffen worden ist. Ein rein objektiver Maßstab wird auch für die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung niemals gefunden werden können. Es ist aber durch diese Theorie die Rechtmäßigkeit in gewissem Maße „objektiviert" worden. Nicht die subjektive Ansicht des Beamten ist mehr maßgebend, auch spricht nicht eine mit dem modernen Verfassungsrecht nicht zu vereinbarende Legalität für die Rechtmäßigkeit, sondern nur die „pflichtmäßige" Erwägung des Beamten ist entscheidend. Was Pflicht eines Beamten ist, das untersteht nicht der Würdigung des einzelnen Beamten, sondern der der Gesamtheit aller Beamten, ob sie bei verständiger Würdigung des Falles genau so handeln würden. Durch die Einführung der Pflicht also hat die Rechtmäßigkeit eine objektive Begrenzung erfahren. Aber damit geben wir auch gleichzeitig zu, daß damit eine ganz feste Form für die Rechtmäßigkeit auch nicht geschaffen ist; denn die subjektive Ansicht des Beamten kann niemals ganz ausgeschaltet werden. Der Beamte ist einerseits nicht so ideal, daß er immer dieses pflichtmäßige Ermessen vor Augen hat, andererseits aber ist der Beamte kein blindes Werkzeug, das keine subjektive Ansicht hat. Aber diese Theorie wird trotzdem den praktischen Bedürfnissen am ehesten entgegenkommen.

Ist die Rechtmäßigkeit ein objektives Tatbestandsmerkmal oder lediglich eine Bedingung der Strafbarkeit?.

Nachdem die früheren Ausführungen sich mit den Theorien über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt nach § 113 Str. G. B. befaßt hatten, werden wir jetzt am Ende des wichtigsten Teils unserer Untersuchung auf die Frage einzugehen haben, was eigentlich zum

gesetzlichen Tatbestand des § 113 zu rechnen ist, ob die im vorigen Kapitel behandelte Rechtmäßigkeit der Amtsausübung ein Merkmal des objektiven Tatbestandes ist und damit der Vorsatz des Täters sich auf die Rechtmäßigkeit zu beziehen braucht, oder ob die Rechtmäßigkeit lediglich eine Bedingung der Strafbarkeit darstellt. Damit schneiden wir eine Streitfrage an, von deren Lösung für den Täter äußerst viel abhängt; denn ist die Rechtmäßigkeit ein Tatbestandsmerkmal, so muß auch der Vorsatz des Täters sie umfassen, sonst bleibt seine Handlungsweise bei einem eventuellen Irrtum gemäß § 59 Str. G. B. straflos. Stellt dagegen die Rechtmäßigkeit lediglich eine Bedingung der Strafbarkeit dar, dann braucht sich der Vorsatz des Täters darauf nicht zu erstrecken.

Es sei zunächst nur kurz darauf hingewiesen, daß für den § 113 allein eine vorsätzliche Begehung in Frage kommt; denn das Delikt des Widerstandes gegen die Staatsgewalt kann nach allgemeinen Grundsätzen nur mit Vorsatz begangen werden. Eine fahrlässig begangene Tat wäre straflos, da eine fahrlässige Normübertretung nur dann bestraft wird, wenn die Fahrlässigkeit ausdrücklich im Tatbestand des Verbrechens, also hier § 113, hervorgehoben wäre[1]. Darüber herrscht jedoch kein Streit, daß der Vorsafz des Täters darauf gerichtet sein muß, einem Beamten gegenüberzustehen. Auch das wird nicht bestritten, daß der Täter wissen muß, der Beamte befinde sich in Ausübung seines Amtes. Solange man natürlich die Ausübung des Amtes der rechtmäßigen Amtsausübung gleichsetzt, dürfte wohl darüber kein Zweifel sein. Indes strittig ist die Frage, ob man vom Täter die Kenntnis verlangen muß, daß der betreffende Beamte, gegen dessen Amtshandlung er sich widersetzt, sich in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes befunden hat, m. a. W. muß der Täter das Bewußtsein der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung haben, wenn sein Tun geahndet werden soll? Ferner ist ein Irrtum des Täters über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung erheblich oder nicht? Soll der Täter, der in irriger Weise geglaubt hatte, zu Unrecht angegriffen zu sein bezw. daß der Beamte sich nicht in rechtmäßiger Amtsausübung befunden hat, der Strafe verfallen, oder soll diese falsche irrige Vorstellung über tatsächliche Verhältnisse sein Tun straflos machen? Es ist eins der heißumstrittensten Gebiete, und diese Kontroverse führt uns gleichzeitig in die Irrtumslehre ein.

Was nun die oben zunächst gestellte Frage anbetrifft, ob die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung ein vom Vorsatz mit zu umfassendes Tatbestandsmerkmal ist, so verneint dies die heutige Praxis[2] fast durchgehend, und zu ihr gesellt sich ein zwar nicht überwiegender, jedoch auch nicht zu unterschätzender Teil der Literatur[3]. In diesem Zusammenhang versagt die Praxis und dieser Teil der Literatur, den ich kurz als die Ansicht der Gegner bezeichnen möchte, dem Irrtum über die Rechtmäßigkeit

[1] Siehe Frank, § 59, X. [2] RG. 2, 169. 2, 423. 3, 14. 22, 300. 47. 280. 55, 161. Rspr. 2, 453 1, 642. 4, 132. 6, 478. 7, 280. 9, 474. [3] Schütze, S. 266. John, S. 118 ff. Lukas, S. 242 und subjektive Verschuldung S. 26 7. Bolze, S. 394. Neumann, S. 224. Rüd.-Stenglein zu § 113, Nr. 10. Schwarze, S. 359. Kallina, S. 80. Berner, S. 391.

jeden Einfluß. Begründet wird diese Auffassung durch Erwägungen kriminalpolitischer Art, die vor allem das Reichsgericht in sehr vielen Entscheidungen vertritt. Aber auch auf die Entstehungsgeschichte des § 113 berufen sich die Gegner, besonders auf eine Äußerung des Abgeordneten Dr. Meyer, die er bei der Beratung des Gesetzentwurfs in der Sitzung vom 21. März 1870 gemacht hat, und die folgenden Wortlaut[1] hat: „Hier handelt es sich nur darum, inwieweit der Staatsbürger berechtigt sein solle, gegen einen gesetzwidrigen Angriff eines Beamten sich zu wehren. Denn daß, wenn der Beamte rechtmäßig verfährt, jeder Widerstand gegen ihn strafbar sein soll, darüber herrscht kein Streit. Der Punkt, wo der Streit beginnt, ist nur der, wann der Beamte über die Grenze des Gesetzes hinausgeht". Die Behauptung wird ferner damit begründet, daß die Amtsausübung die Vermutung der Legalität für sich habe, und sollte sich tatsächlich der Täter widersetzen, dann handele er auf eigene Gefahr; denn beim Beamten sei eine Ungesetzlichkeit nicht zu vermuten[2]. Auf das persönliche Meinen und Dafürhalten des Täters komme es gar nicht an. Die staatliche Autorität erfordere es, daß einer rechtmäßigen Amtshandlung der Betroffene sich unterwirft. „Die Pflicht des Gehorsams legt ihm auf, rechtmäßige Amtshandlungen geschehen zu lassen[3]". Die bloß subjektive Auffassung des Einzelnen darf nicht über die Anwendbarkeit des § 113 entscheiden, d. h. der Schutz des Beamten solle gar nicht von der subjektiven Ansicht eines Dritten abhängen. Eine sehr eingehende Darstellung gerade über diesen Punkt findet man bei Neumann[4], der auch den Irrtum behandelt und dabei die Ansicht vertritt, daß ein solcher über die Rechtmäßigkeit der amtlichen Anordnung und die Zuständigkeit der Behörde einen Widerstand nicht rechtfertigt. Er befürchtet vor allem, daß bei einem ev. Widerstande des Staatsbürgers gegen den Beamten auch die staatliche Exekutive lahmgelegt werde, „es wäre sonst die Herrschaft der Gesetze von dem Belieben oder der Nachlässigkeit des Einzelnen abhängig[4]". Im übrigen verweise ich auf meine Darlegung S. 20ff. der Arbeit, wo in ausführlicher Weise bereits die Theorie der Vermutung der Legalität behandelt worden ist. Ganz besonders das Reichsgericht vertritt in konsequenter Rechtsprechung den Standpunkt der letzterwähnten Literatur. Aber schon aus Entscheidungen des Obertribunals ist ersichtlich, daß dort der Irrtum über die Rechtmäßigkeit ohne jede Bedeutung war. Und zwar sind die Argumente auch hier politischer Art. Die Erkenntnisse[5] werden folgendermaßen begründet[6]: „Daß der Beamte bei rechtmäßiger Ausübung seines Amtes von der subjektiven Meinung eines Dritten abhängig sein soll, hat das Gesetz nicht ausgesprochen, auch nicht beabsichtigen können, weil sonst eine Schutz- und Rechtlosigkeit der Bürger eingeführt worden wäre, welche zu den größten Unordnungen im Staate führen mußte". Dieselben Gedanken finden sich in weiteren Entschei-

[1] Sten. Ber. d. Reichstags, 1870, S. 430. [2] Siehe Schwarze, S. 359. [3] RG. 2, 423. [4] Neumann, S. 224. [5] Vgl. Archiv f. dtlch. u. pr. Strafr., Bd. 22, S. 220 ff. [6] Vgl. Archiv f. dt. u. pr. Staatsr., Bd. 21, S. 512 ff.

dungen, so erklärt es dann: „Der wirklich Berechtigte, (d. i. der Beamte), ist nicht verpflichtet, dem in sein Recht Eingreifenden vorerst die Überzeugung von seiner Befugnis, ihm diesen Eingriff zu machen und wegen desselben gegen ihn einzuschreiten, beizubringen, bevor er die gesetzlichen Schutz- und Sicherungsmaßregeln vornimmt. Der Täter handelt auf seine Gefahr, wenn er dem wirklich Berechtigten deshalb Widerstand leistet, weil er von der Legalität des Einschreitens desselben nicht überzeugt ist". Die Urteile des Reichsgerichts gehen von ähnlichen Erwägungen aus, indem sie sogar fernerhin annehmen, der dolus erfordere überhaupt nicht das Bewußtsein, daß der Beamte rechtmäßig handele. Da es in konstanter Rechtsprechung die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung nicht als Deliktsmerkmal auffaßt, mißt es auch dem Irrtum über die Rechtmäßigkeit keinerlei Bedeutung bei. Die Meinung, der Beamte befinde sich nicht in rechtmäßiger Ausübung, entschuldigt den Täter nicht [1]. Erwähnenswert sind zwei Entscheidungen aus dem Jahre 1880[2]. Zwar stelle die Vorschrift des § 59 Str. G. B., also der Irrtum einen allgemeinen im Gebiete des ganzen Strafrechts maßgebenden Grundsatz dar, nach welchem dem Täter bei Begehung einer strafbaren Handlung und bei Nichtkenntnis des Vorhandenseins von Tatumständen, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, diese Umstände nicht zuzurechnen sind. Das hindere jedoch nicht, daß der Gesetzgeber die Geltung dieses Grundsatzes bei bestimmten strafbaren Handlungen ausschließt, und ebensowenig greift der Grundsatz da Platz, wo dessen Nichtanwendung als Wille des Gesetzgebers auch ohne ausdrückliche Erklärung des Gesetzes sich ergibt. Das sei hier der Fall; aus der Entstehungsgeschichte und der besonderen Natur der Gesetzesvorschrift ergebe sich, daß § 59 hier nicht anwendbar sei. „Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung ist objektiv eine Bedingung der Strafbarkeit des Widerstandes und tätlichen Angriffs; die Strafbarkeit selbst ist aber nicht unter des Täters Urteil über die Rechtmäßigkeit gestellt". Daher braucht sie auch nicht vom Bewußtsein des Täters über die Rechtmäßigkeit umfaßt zu werden, und seine Meinung über die Rechtmäßigkeit bleibt irrelevant, „Die staatliche Autorität erfordert es, daß einer rechtmäßigen Amtsausübung sich der Betreffende unbedingt unterwirft". Der Zweck des Gesetzes ist es doch, die Auflehnung gegen die Staatsgewalt zu ahnden. „Von diesem Standpunkt ausgegangen wäre es daher nicht gerechtfertigt, dem in rechtmäßiger Amtsausübung befindlichen Beamten den im Strafgesetzbuch liegenden Schutz deswegen zu entziehen, weil derjenige, welcher ihm Widerstand leistet, der irrigen Meinung oder Überzeugung ist, seine Amtsausübung sei keine rechtmäßige. Die Annahme erscheint begründet, daß es sich bei dem vom Reichstag beschlossenen Zusatz zu § 113 nicht um Aufnahme eines Tatbestandsmerkmals gehan-

[1] RG. 23, 334. [2] RG. 2, 423; 3,18 ff.

delt hat, auf welches Wissen und Willen des Täters, wenn er strafbar sein soll, sich zu erstrecken hatten[1]". Das Reichsgericht steht noch heute mit der in der Theorie vorherrschenden Ansicht, wie selbst Ebermayer[2] zugibt, in einem scharfen Gegensatz, was um so bedauernswerter ist, als fast täglich die Strafrichter zu dieser Kontroverse Stellung nehmen müssen. In einer der neusten Entscheidungen[3] bezieht sich das Reichsgericht auf seine schon im 2. Bande dargelegten Ausführungen. In dem dieser Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhalt hat ein Vollstreckungsbeamter sich in der Beurteilung der Verhältnisse tatsächlich geirrt, indem er glaubte, zur Beschlagnahme ohne Anordnung schreiten zu dürfen, weil Gefahr im Verzuge war. Das Reichsgericht hielt seine Amtshandlung trotzdem für eine rechtmäßige und den ihm geleisteten Widerstand für strafbar. Bezugnehmend auf seine feststehende Rechtsprechung selbst erklärte das Reichsgericht die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung als kein vom Vorsatz des Täters zu umfassendes Tatbestandsmerkmal, sondern eine hiervon unabhängige Bedingung der Strafbarkeit. „Deshalb kann sich der Täter", so schließt es seine Darlegung, „nicht darauf berufen, daß er das Vorgehen des Beamten aus irgend einem Grunde nicht für rechtmäßig gehalten habe." Die Auffassung des Reichsgerichts vertritt in der Literatur vor allem Lukas[4], der in sehr klaren Ausführungen die positivrechtlichen Ausnahmen, wie er sich ausdrückt, behandelt, in denen der Vorsatz nicht vom gesetzlichen Tatbestand umfaßt zu werden braucht. „Hierzu gehöre," so fährt er fort, „das in den vom Widerstand gegen die Staatsgewalt handelnden §§ 113 und 117 Str. G. B. aufgestellte Erfordernis der rechtmäßigen Amtsausübung von Seiten desjenigen Beamten, welchem der Widerstand geleistet worden ist". Auch er zieht die Entstehungsgeschichte des Paragraphen und kriminalpolitische Gründe als Beleg heran und erklärt schließlich, daß es nur darauf ankäme, daß die Amtsausübung objektiv eine rechtmäßige, nicht aber daß der Täter sie dafür oder gar für eine unrechtmäßige gehalten hat. Auch die Meinung des Täters sei vollkommen irrelevant.

Was die Vermutung der Legalität der Amtshandlung anbetrifft, so ist zu sagen, daß die Annahme dieser Grundsätze in krassem Widerspruch mit den Prinzipien unseres Strafrechts stehen. Sie kann ohne weiteres abgewiesen werden. Das von der Praxis angeführte Argument ist vor allem kriminalpolitischer und legislatorischer Art. Die Staatsautorität soll geschützt werden und Pflicht des Untertanen sei es, zu gehorchen; vollkommen verfehlt ist es jedoch, wenn das Reichsgericht als seine Hauptstütze auf die Entstehungsgeschichte zurückgeht. Abgesehen davon, daß eine gelegentliche Äußerung eines Abgeordneten, wie des Dr. Meyer, bei der Beratung des Gesetzentwurfs niemals den Anspruch darauf erheben darf, als Wille des Gesetzgebers behandelt zu werden, hat ja doch seine Ansicht keinerlei Grundlage im Gesetz gefunden. Wenn man aber doch einer solchen

[1] Vgl. Entschdg. voriger Seite. [2] Ebermayer, § 113, Nr. 15. [3] RG 55, 161. [4] Lukas, S. 123.

gelegentlichen Erklärung im Parlament diese Tragweite beimißt, muß man, um ehrlich zu sein, auch die Antwort berücksichtigen, in der Abgeordneter Dr. Schwarze den entgegenstehenden Standpunkt vertrat und damit unsere Ansicht mit klaren Worten bekräftigte. Man darf wohl daher die erwähnte Äußerung des Abgeordneten Dr. Meyer nicht als Auslegungsmaterial benutzen. Die jetzige Fassung des Gesetzes ist ja auch dann auf Antrag Lasker ohne Debatte angenommen worden. Die Streitfrage wird aber auf Grund der Irrtumslehre behandelt werden müssen. Nach Ansicht des Reichsgerichts bildet die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung kein vom Vorsatz des Täters zu umfassendes Tatbestandmerkmal, sondern nur eine Bedingung der Strafbarkeit. Wie verhält es sich nun aber, wenn der Täter sich in einem Irrtum über die Rechtmäßigkeit befindet nach § 59 Str. G. B.? Soll trotzdem der Widerstand Leistende strafbar sein? Schon die Römer kannten zwei Irrtumsarten, einen Rechts- und Tatirrtum. Der erstere bezog sich auf einen Rechtssatz, der andere auf eine Tatsache, auch faktischer Irrtum genannnt. Diese Unterscheidung macht das Reichsgericht noch heute. Rechtsirrtum soll jedoch nur ein Irrtum über Rechtssätze aus dem Strafrecht sein. Liegt jedoch eine falsche Vorstellung über Rechtssätze aus dem Zivil- oder Verwaltungsrecht oder andern Rechtsgebieten vor, dann handelt es sich um einen auf außerstrafrechtlichem Gebiete liegenden Irrtum, der dem Tatirrtum gleichsteht und den Täter entschuldigt[1], d. h. ein solcher schützt vor Strafe, der strafrechtliche jedoch nicht (error iuris criminalis nocet). Das Reichsstrafgesetzbuch enthält allerdings über den Irrtum nur einen Paragraphen (§ 59), der diesen Unterschied nicht macht, und nur von einem Nichtkennen von Tatumständen spricht, die zum gesetzlichen Tatbestande gehören. Diese Umstände sollen dem Täter nicht zuzurechnen sein, wenn er sie bei Begehung der strafbaren Handlung nicht kannte. Der scharfe Unterschied, den das Reichsgericht zwischen Tat- und Rechtsirrtum zieht, wird vor allem aus kriminalpolitischen Erwägungen gemacht, um den Täter nicht aus subjektiven Gründen, die gerade beim Irrtum schwer nachzuweisen sein werden, freizusprechen. Zum gesetzlichen Tatbestande gehören jedoch nicht diejenigen Tatumstände, welche außersalb seiner liegen, z. B. Prozeßvoraussetzungen, Bedingungen der Strafbarkeit. Da nun das Reichsgericht in konstanter Rechtsprechung die Rechtmäßigkeit als gar nicht vom Vorsatz zu umfassendes Tatbestandsmerkmal auffaßt, mithin die Strafbarkeit nach § 113 garnicht von dem Bewußtsein des Täters, daß er einem Beamten in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes Widerstand leistet, abhängig macht, schließt jeglicher Irrtum des Täters über die Rechtmäßigkeit der Amtausübung die Strafbarkeit nicht aus. § 59 Str. G. B. ist hier gar nicht anwendbar; denn das Reichsgericht hält die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung für eine Bedingung der Strafbarkeit, und die Meinung des Täters über die Unrechtmäßigkeit bleibt für die Strafbarkeit irre-

[1] RG, 42, 26, 142, 357; 46, 6; 54, 4.

levant. Mit dieser seiner Ansicht steht das Reichsgericht in schwerstem Widerspruch zu § 59 Str. G. B., denn nichts spricht für eine derartige Auslegung des § 113. Es ist höchst merkwürdig, weshalb nach Reichsgericht die Rechtmäßigkeit kein Tatumstand im Sinne des § 59 sein soll. Aber das Reichsgericht, das sonst seine Entscheidungen nach modernen Rechtsgrundsätzen fällt, hält hier starr an dem Prinzip des Gehorsams der Untertanen und an dem Grundsatz der Unantastbarkeit der Staatsautorität fest. Das Reichsgericht gestattet dem Staatsbürger nicht die Überlegung, ob ein Staatsakt, der unter Umständen tief in seine Rechtssphäre eingreift, rechtmäßig ist. Soll der Staat die Möglichkeit haben, derart auf das Individuum einzuwirken? Ist nicht vielmehr das Individuum ein lebendiger Aktivposten in der Bilanz des Staates? „Staatsrechtliche Erwägungen[1]" bezw. Verletzungen der öffentlichen Interessen dürften doch hier nicht allein ausschlaggebend sein. Das Interesse des Einzelnen der Amtshandlung gegenüber muß entschieden gewahrt werden. Daß ferner eine derartige Auffassung vom Zweck und der besonderen Natur des § 113 in krassem Widerspruch auch zu modernen Verfassungen steht, braucht hier nur nebenbei erwähnt zu werden.

Da aber die neuere Literatur diesen Standpunkt des Reichsgerichts nicht teilt, ja sogar in scharfem Gegensatz zu ihm steht, ist es notwendig, nochmals auf den Kernpunkt der Frage, nämlich Anwendung und Nichtanwendung des § 59 Str. G. B. zurückzukommen, obgleich die meisten Schriftsteller in den Fehler verfallen, die Irrtumslehre in diesem Zusammenhang garnicht zu behandeln.

Erwähnenswert wäre zunächst die Ansicht Hillers[2], der folgende Unterscheidung trifft: Beruht der Irrtum über die Rechtmäßigkeit auf einer unrichtigen Würdigung der tatsächlichen Voraussetzungen oder auf einem Verkennen der einschlagenden Rechtsvorschriften? Im ersten Falle sei der Irrtum beachtlich und schließe die Strafbarkeit aus. Im zweiten Falle insofern nicht, als man bei nicht genauer Kenntnis von Rechtsvorschriften berechtigte Zweifel hegen soll, ob man überzeugt sein darf von seiner privaten Ansicht, bevor man sich zu einem Widerstandleisten gegen eine rechtmäßige Amtshandlung hinreißen läßt. Es fehle an der „festen Überzeugung vom Gegenteil", d. h. von der Annahme eines strafrechtlich erheblichen Irrtums. In diesem Falle könne auch dem Täter dolus eventualis zur Last gelegt werden, d. h. der Täter hätte damit rechnen müssen, daß er sich in seiner festen Überzeugung doch geirrt haben könnte. Jedoch ist mir diese Einstellung Hillers nicht ganz begreiflich, da man mit derselben Berechtigung bei Irrtum über tatsächliche Voraussetzungen dem Täter den dolus eventualis nachweisen kann, was wiederum eine Bestrafung aus § 113 zur Folge hätte.

Nachdem in kurzer Darlegung[3] die Gründe, welche besonders

[1] RG. 6, 403. [2] Hiller, G. S. Bd. 27, S. 15ff., abweichend in seiner Monographie, S. 73. [3] In ausführlicher Weise ist die Frage behandelt u. die gegnerische Ansicht bekämpft worden von Guggenheimer, S. 23 u. 35; Eberhhrd, S. 65 u. Hiller, S. 73ff.

in der Judikatur des Reichsgerichts aus der Parlamentsgeschichte herangezogen sind, widerlegt wurden, sei darauf hingewiesen, daß das Reichsgericht[1] selbst zugibt, daß nach dem Wortlaut des § 113 der natürlichste Sinn des Paragraphen der ist, den dolus grundsätzlich auf alle in dem Deliktsbegriff enthaltenen Umstände zu beziehen, was durch die Vorschrift des § 59 Abs. 1 Str. G. B. noch besonderen Ausdruck erhalten hat; für alle anderen Paragraphen sollen die allgemeinen Grundsätze über den dolus maßgebend sein, nur im Falle des § 113 da erachtet das Reichsgericht das Bewußtsein von der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung als zum Tatbestand dieses Vergehens nicht erforderlich. Dies beruht auf Erwägungen, so fährt die Entscheidung fort, „welche sich auf die Verhandlungen über das erst im Reichstag aufgestellte und in das Gesetz übergegangene Requisit der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung gründe". Wenig überzeugende Gründe versucht das Reichsgericht für diese seine höchst merkwürdige Auslegung des § 113 beizubringen. Diese Ansicht hat auch wenig Beifall gefunden. Gerade die hervorragendsten Vertreter der Theorie haben diese Meinung bekämpft[2]. Mit Recht weist die Theorie die Anschauung des Reichsgerichts zurück, da man unmöglich die Rechtmäßigkeit aus dem objektiven Tatbestand ausscheiden darf[3]. Damit geht die Meinung der Literatur dahin, daß eine irrtümliche Annahme der Rechtswidrigkeit als ein Schuldausschließungsgrund die Straflosigkeit des Täters begründe; es fehlt die Beschaffenheit des Willens, die das Gesetz vorschreibt, um den Täter für den eingetretenen Erfolg als einen gewollten verantwortlich zu machen. M. a. W.: als Tatumstand im Sinne des § 59, auf den wir noch einzugehen haben werden, müssen wir die Rechtmäßigkeit anerkennen und konsequent folgern, daß der Widerstand Leistende nur dann bestraft werden kann, wenn er sich bewußt gewesen sei, daß der Beamte sein Amt rechtmäßig ausübt. Auch gehört das Erfordernis der Rechtmäßigkeit insofern zu dem Tatbestandsmerkmal des Vergehens, als doch nach dem gesamten Inhalt des § 113 das aus diesem zu bestrafende Delikt den Widerstand bezw. Angriff gerade gegen einen in der rechtmäßigen Ausübung begriffenen Beamten zur Voraussetzung hat. Diese Ansicht hat vor allem sehr treffend Binding ausgedrückt[4]: „Da nur die gesetzmäßige Amtshandlung Gehorsam fordert, der § 113 zweifellos nur den vorsätzlichen rechtswidrigen Widerstand treffen will, ist Bewußtsein der Gesetzmäßigkeit der Amtshandlung condicio sine qua non für den Widerstandsvorsatz".

Wir kehren nunmehr zu der anfangs gestellten Frage zurück, ob die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung ein Tatbestandsmerkmal des § 113 ist oder lediglich eine Bedingung der Strafbarkeit darstellt. Man kann wohl heute berechtigtermaßen annehmen,

[1] RG. 10, 431. [2] Liszt, § 171, II, 4; Allfeld, S. 559; Gerland, S. 254, Wachenfeld, S. 557, Frank, § 113. 7, Merkel, S. 391, M. E. Mayer, S. 455, Binding, Lehrb. II, S. 779, Normen II, S. 587, Hälschner, II, S. 815, Flesch, S. 111, v. Streit, S. 109, Gugenheimer, S. 38ff, Pfeiffer, S. 45, Eberhard, S. 69, Goldschmidt, Festgabe, S. 126, Schwartz, § 113, Nr. 9. Oppenhoff-Delius, S. 24, Rosenberg, i. Ztschr. f. Strafr.-Wissch., Bd. 23, S. 325. [3] Vgl. Leipz. Ztsch. f. dt. R., IX, Jhrg. 1915, 227. [4] Binding, Normen, II, S. 588.

daß nicht nur Tatsachen, sondern auch Rechte, Rechtsverhältnisse und rechtliche Beziehungen als Tatumstände im Sinne des § 59 aufzufassen sind. Frank[1] bemüht sich, die Frage mit Rücksicht auf die Natur der einzelnen Delikte zu lösen und stellt als obersten Grundsatz auf: „Zum Vorsatz gehört das Bewußtsein, daß sich die Handlung gegen dasjenige Interesse (Rechtsgut) oder diejenige spezielle Pflicht richtet, durch deren Verletzung oder Gefährdung objektiv der äußere Tatbestand erfüllt wird." Da nun im modernen Rechtsstaat jedermann weiß, daß er nur einen verfassungsmäßigen Gehorsam der Behörde gegenüber schuldet, oder auf diesen Fall angewandt, da für den einzelnen Staatsbürger die spezielle Pflicht zur Duldung amtlichen Vorgehens nur bei Rechtmäßigkeit der Amtsausübung besteht, so gehört das Bewußtsein dieser Rechtmäßigkeit auch zum Vorsatz des Täters. Stellt man sich auf den Standpunkt des Reichsgerichts[2], der den Unterschied zwischen Rechts- und Tatirrtum macht, so dürfte es schwer sein und es ist dem Reichsgericht auch nicht gelungen, die Grenzen festzusetzen, wann die rechtserheblichen Beziehungen auf strafrechtlichem oder außerstrafrechtlichem Gebiete liegen. Faßt man die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung als eine Rechtsbeziehung auf, so kann man sie in eine große Anzahl von Tatsachen zergliedern, die jede für sich einen Tatumstand bildet. Stimmt nun des Täters Vorstellung über die Rechtmäßigkeit mit der Wirklichkeit nicht überein, so liegt ein Irrtum über Tatsachen vor, der als relevant die Zurechnung zum Vorsatz ausschließt.

Nun deutet nach der gesetzestechnischen Fassung des § 113 nichts darauf hin, daß die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung eine Sonderstellung einnimmt. Hätte der Gesetzgeber dies zum Ausdruck bringen wollen, so hätte er dem § 113 sicherlich eine andere Fassung gegeben. Wir werden doch bei den §§ 139, 170, 172, 186 Str. G. B., die unbestritten eine Bedingung der Strafbarkeit enthalten, immer wieder finden, daß der Gesetzgeber dann seine Gedanken in die Form eines Bedingungssatzes gegossen hatte[3]. Dies ist im § 113 nicht geschehen. Da es der

[1] Frank, zu § 59, II, S. 176. [2] Siehe die Entscheidung. des Reichsgericht bei Frank, § 59, II

[3] Im § 170 bezw. 172 Str. G. B. hat es der Gesetzgeber recht deutlich verstanden, ein Merkmal aus dem gesetzlichen Tatbestande herauszuheben, nämlich bei § 170 die Auflösung der Ehe und bei § 172 die Scheidung ohne jedoch dieses Merkmal als Strafbarkeitsvoraussetzung außer Betracht zu lassen. In diesen beiden Paragraphen bringt das Gesetz klar zum Ausdruck, daß die Auflösung der Ehe beim Ehebetrug und die Scheidung beim Ehebruch äußere, von der strafbaren Handlung unabhängige Tatumstände sind, die die Strafbarkeit zwar begründen, deren sich der Täter jedoch nicht bewußt sein braucht, um bestraft werden zu können. Auch in satztechnischer Hinsicht sind diese Bedingungen der Strafbarkeit, da sie in Bedingungssätze gekleidet sind, recht deutlich hervorgehoben. Dasselbe gilt von der Nichterweislichkeit im § 186 Str. G. B.

Gesetzgeber, wie wir sahen, sonst sehr wohl verstanden hat, die Bedingungen der Strafbarkeit vom gesetzlichen Tatbestande unabhängig zu machen, wollte er gerade bei § 113 die allgemeine Regel unseres Erachtens nicht durchbrechen, nach der alle im Gesetz angeführten Verbrechensmerkmale den gesetzlichen Tatbestand bilden.

So kommen wir auf die eingangs der Ausführungen gestellte Frage zurück und gelangen zu dem Ergebnis, daß die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung keine Bedingung der Strafbarkeit ist. Daher muß sie der Vorsatz des Täters, da sie ein Deliktsmerkmal im gesetzlichen Tatbestand bildet, mit umfassen, und ein in Frage stehender Irrtum ist relevant, d. h. er begründet die Straflosigkeit des Widerstand Leistenden.

In diesem Zusammenhang dürfte es nicht unangebracht sein, die Lehre vom dolus eventualis zu streifen, da gerade bei diesem Delikt der dolus eventualis die Strafrichter sehr oft beschäftigen dürfte. Der Täter wird oft noch Zweifel hegen über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung. Falls er nicht gerade von der Unrechtmäßigkeit überzeugt ist, wird er bei seinem Handeln überlegen müssen, daß doch der Beamte in der Anwendbarkeit der Gesetze eine reichere Erfahrung hat als er selbst. Leistet der Täter trotz dieses Zweifels Widerstand, so hat er sich eben damit von seinem Vorsatz nicht abhalten lassen, obgleich er damit gerechnet haben muß, daß der Beamte sich in rechtmäßiger Amtsausübung befindet. Treten dann die Folgen ein, so unterliegt die Straftat den Bestimmungen des Strafgesetzes.

Der Vollständigkeit halber wäre noch ein Gesichtspunkt in Betracht zu ziehen. Leistet jemand im Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung des Beamten Widerstand, so handelt er in vermeintlicher Notwehr, er glaubt irrtümlicherweise einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff gegenüberzustehen. Diese Putativnotwehr schließt nach gemeiner Meinung[1] den Vorsatz aus. Auch von dieser Erwägung aus wäre bei einem ev. Irrtum die Strafbarkeit des Täters auszuschließen. Damit dürfte als Resultat der Erörterungen die Richtigkeit des Satzes bewiesen sein, daß die irrige Annahme der Unrechtmäßigkeit, bezw. Unkenntnis der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung den Täter, dessen Vorsatz damit entfällt, straflos macht.

Die Stellung des Amtlichen Entwurfs zu § 113 Str. G. B.

Diese Darstellung wäre unvollständig ohne einen Hinweis auf die Veränderungen, die der „Amtliche Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs" (1925) beabsichtigt. Abweichend ist in § 141[2] vor allem die Ausdehnung des Strafschutzes

[1] Frank, S. 180: „Logischer Weise muß der irrtümlichen Unkenntnis derjenigen Tatumstände, welche die Rechtswidrigkeit begründen, die irrtümliche Annahme eines solchen gleichstehen, der sie ausschließt. Ebenso derselbe in Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 14, S. 363ff. Auch Olshausen, zu § 59, 25 d. Engegengesetzte Meinung: Liszt, § 41, II, 2b.

[2] § 141 lautet: Wer eine Behörde, einen Amtsträger oder einen Soldaten mit Gewalt oder durch gefährliche Drohung zu einer Amts- oder Diensthandlung nötigt, oder an einer Amts- oder

über den Kreis der Vollstreckungsbeamten hinaus auf alle die Repräsentanten der Staatsautorität, die berufen sind, ein öffentliches Amt auszuüben, auch wenn sie nicht Beamte im staatsrechtlichen Sinne sind[1]. Dadurch wird die Strafbarkeit gegenüber dem geltenden Recht insofern ausgedehnt, als der Strafschutz gegen tätliche Angriffe nicht allen Gruppen von Beamten zugute kam[2]. Es sind noch andere Regelungen getroffen, die uns jedoch in diesem Zusammenhang weniger interessieren dürften. Einen erheblichen Fortschritt zeigt der Entwurf gegenüber dem geltenden Recht insofern, als die Änderungen klar und deutlich sind, wenn auch die Erwartungen, die in den Entwurf gesetzt wurden, uns enttäuschen; denn es ist an der bisherigen Rechtsauslegung, wie sie durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts festgelegt ist, hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung nichts geändert. Es ist dort klar zum Ausdruck gekommen, daß die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung lediglich eine Bedingung der Strafbarkeit ist, auf die sich das Bewußtsein des Täters nicht zu erstrecken braucht. Im Absatz 1 u. 2 des § 141 ist das Wort „rechtmäßig" weggefallen, im Absatz 3 jedoch wird der Zusatz gemacht, daß die Strafbarkeit nur eintritt, „wenn die Amts- od. Diensthandlung rechtmäßig war". Damit schließt sich der Entwurf § 141 Abs. 3 der Auffassung des Reichsgerichts an, wonach die Rechtmäßigkeit nicht vom Vorsatz des Täters umfaßt zu werden braucht.

Diensthandlung hindert, wird bestraft. Der Versuch ist strafbar. Ebenso wird bestraft, wer einen Amtsträger oder Soldaten während der Ausübung des Amtes oder Dienstes tätlich angreift. Die Hinderung an einer Amts- oder Diensthandlung und der tätliche Angriff sind nur strafbar, wenn die Amts- oder Diensthandlung rechtmäßig war.

[1] Siehe § 11, 3 des Entwurfes. [2] Siehe Begründung zum Entwurf.

EINTEILUNG.

Seite

1. Einleitung 7
2. Der Kreis der geschützten Personen 7
3. Der Umfang der geschützten Handlungen 10
4. Die Rechtmäßigkeit der Amtshandlung 12
   a. Sachliche Zuständigkeit des Beamten . . . 12
   b. Örtliche Zuständigkeit des Beamten . . . 13
   c. Formerfordernisse f. eine rechtmäßige Amtshandlung 14
   d. Stand der Anschauungen 16
5. Ist die Rechtmäßigkeit ein objektives Tatbestandsmerkmal oder lediglich eine Bedingung der Strafbarkeit? . . 32
6. Die Stellung des Amtlichen Entwurfs zu § 113 Str. G. B. 41

Lebenslauf.

Am 3. Dezember 1900 bin ich, Kurt Weißler, als Sohn des Kaufmanns Max Weißler und seiner Ehefrau Hulda geb. Priester in Nikolai O/Schlesien geboren. Ich bin preußischer Staatsangehörigkeit. Meine wissenschaftliche Vorbildung erhielt ich zunächst auf dem humanistischen Gymnasium zu Kattowitz OS. Nach 1 $^1/_2$ jähriger Unterbrechung, die durch die politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse während der Abstimmungszeit in Oberschlesien begründet war, besuchte ich das Staatliche Gymnasium zu Rybnik OS, das ich mit dem Zeugnis der Reife verließ. Sodann studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten zu Frankfurt a|Main 2 Semester und zu Breslau 5 Semester. Am 30. Juni 1927 bestand ich das juristische Doktorexamen vor der Hohen Juristischen Fakultät der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau. Herrn Univ.-Prof. Dr. Gretener gestatte ich mir nochmals an dieser Stelle meinen verbindlichsten Dank auszusprechen.